

présentée et soutenue le 5 juin 1930, à 14 heures.

R. GIBERT

Avocat à la Cour d'appel d'Angers

Président : M. CAPITANT, Professeur

JURY... } Suffragants... { MM. Julliot de la MORANDIÈRE } Professeurs
Maurice PICARD }

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(Société Anonyme)

22, Rue Soufflot — Paris V^e

1930

THÈSE POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend ni approuver, ni désapprouver les opinions émises dans les thèses, ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Des causes de nullité de mariage

qui sont en même temps

des causes de divorce

THESE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 5 juin 1930, à 14 heures.

PAR

R. GIBERT

Avocat à la Cour d'appel d'Angers

JURY... { *Président : M. CAPITANT, Professeur*
Suffragants .. { MM. Julliot de la MORANDIÈRE } *Professeurs*
Maurice PICARD }

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(Société Anonyme)

22, Rue Soufflot — Paris V°

—
1930



INTRODUCTION

Nous voyons aujourd'hui le nombre des divorces augmenter sans cesse et les motifs les plus futiles et les plus divers en deviennent le prétexte. Par contre, les demandes en nullité de mariage vues avec défaveur par la loi et la jurisprudence se font rares, et elles sont d'ailleurs rejetées le plus souvent. N'est-ce pas là une solution illogique à cette angoissante question de la rupture des liens conjugaux ?

Il n'en a pas toujours été ainsi, et dans l'ancien droit, où la législation en vigueur n'autorisait pas le divorce, les annulations de mariage se montraient fréquentes ; de nos jours encore, le droit canonique qui prohibe la dissolution du lien matrimonial du vivant des époux, permet souvent d'annuler le mariage quand celui-ci est atteint d'un vice grave.

L'attitude inverse de notre droit français moderne trouve son explication, mais non sa justification, dans cette opinion erronée, que le recours au divorce est moins dangereux pour l'ordre social que l'annulation ; or, jugeant ainsi, on méconnaît l'existence du mariage putatif atténuant les effets trop rigoureux qui pourraient parfois résulter de l'annulation.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence française semble ne pas avoir aperçu que certains faits admis par elle comme causes de divorce ou de séparation de corps sont

bien plutôt, en raison du rôle joué par le mariage dans la société et des principes juridiques devant régir cette matière, de vraies causes de nullité de mariage. Voilà pourquoi il est intéressant d'examiner comment la confusion a pu naître, quels enseignements on peut tirer à ce sujet de l'histoire du droit matrimonial français et de l'étude comparative de diverses législations étrangères mises en parallèle avec notre jurisprudence et la doctrine de nos juristes, comment enfin porter remède à cet état de choses. Mais il importe tout d'abord de bien préciser les bases sur lesquelles reposent le mariage, la théorie des nullités de mariage, le divorce et la séparation de corps, ce qui fera l'objet du premier chapitre de notre étude.

CHAPITRE PREMIER

POSITION DU PROBLÈME

§ 1. — LE MARIAGE. — QU'EST-CE QUE LE MARIAGE ?

QUELLE DÉFINITION PEUT-IL EN ÊTRE PROPOSÉE ?

Notre Code civil n'en donne aucune, le Conseil d'Etat s'étant montré hostile à cet égard lors de sa rédaction, ce sont uniquement les juristes, auteurs du traité de droit civil, qui pourront répondre à notre question ; et leur réponse variera selon l'époque où ils écrivent, et surtout selon les buts envisagés. Bien que ce travail puisse paraître fastidieux, il nous paraît essentiel de reprendre une à une les définitions types à cet égard, même celles qui se ressemblent le plus. Les variantes, si minimes soient-elles qu'on y rencontre, méritent d'être retenues, c'est par celles-ci en effet, qu'apparaissent nettement les divergences d'opinions émises sur cette institution.

Une des plus anciennes définitions est celle d'Ulpien reprise et développée par Modestin qui l'énonce sous cette forme : « *Nuptiæ sunt conjunctio maris et feminae consortium omnis vitæ divini et humani juris communicatio* ¹. » Ici le mariage apparaît comme une insti-

1. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 141, note 2.

tution tout à la fois religieuse et civile (*divini et humani juris communicatio*) caractérisée par l'union étroite de l'homme et de la femme devant durer toute la vie, ce qui pose donc le principe de l'indissolubilité.

Vient ensuite celle de Pothier, déclarant : « On peut définir le mariage un contrat revêtu des formes que les lois ont prescrites, par lequel un homme et une femme, habiles à faire ensemble ce contrat, s'engagent réciproquement l'un envers l'autre, à demeurer toute leur vie ensemble dans l'union qui doit être entre un époux et une épouse. Le commerce charnel n'est point de l'essence du mariage¹. »

Pendant la Révolution en 1792, Muraire propose la définition légale suivante : « Le mariage est un contrat civil dont la condition essentielle est dans le consentement des deux époux de s'unir pour la vie² », ce qui même à cette époque implique l'idée d'une union indissoluble ; Portalis de son côté au cours des travaux préparatoires du Code civil a donné cette définition qu'adopte notamment M. Demolombe.

« Le mariage est la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée³. »

M. Beudant envisage ainsi le mariage : « La convention par laquelle deux personnes de sexe différent unissent pour la vie leurs destinées à titre d'époux⁴. »

MM. Aubry et Rau traitant du mariage écrivent : « Le mariage est la société perpétuelle que contractent deux

1. Pothier, t. VI, *Du contrat de mariage*, p. 2.

2. Lefèbvre, *Le lien de mariage*, p. 284.

3. Demolombe, *Traité de mariage*, t. I, p. 1.

4. Beudant, *Cours de Droit civil français* (t. I p. 293).

personnes de sexe différent dans le but d'imprimer un caractère de moralité à leur union sexuelle et aux rapports mutuels qui doivent en naître. » Puis ils ajoutent : « d'après le droit français le mariage est l'union de deux personnes de sexe différent contractée avec certaines solennités¹. »

M. Huc s'exprime dans des termes analogues : « Le mariage, dit-il, est une société perpétuelle légalement formée entre deux personnes de sexe différent dans le but de créer une famille légitime². »

Dans le traité pratique de droit civil de MM. Planiol, Ripert et Rouast, le mariage est défini : « L'acte juridique par lequel l'homme et la femme établissent entre eux une union que la loi sanctionne et qu'ils ne peuvent rompre à leur gré... Ce n'est au fond pas autre chose que l'union sexuelle reconnue par la loi par ce que la procréation des enfants crée des devoirs particuliers aux parents³. »

Pour M. Levy-Ulmann le mariage, institution juridique, est une union contractée conformément à la loi, opinion professée également par M. Bonnecase qui déclare : « Le mariage est une institution faite d'un ensemble de règles de droit essentiellement impératives, dont le but est de donner à l'union des sexes, donc à la famille, une organisation sociale et morale correspondant à la fois aux aspirations du moment et à la nature permanente de l'homme comme aussi aux directives fournies en tout domaine par la notion du droit⁴. »

1. Aubry et Rau, *Cours de droit civ. fr.*, 5^e édit., t. V § 450, p. 5.

2. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civ.*, t. II, p. 9.

3. Planiol, Ripert et Rouast, *Traité pratique de Droit civ. fr.*, La famille, n° 70. Définition du mariage, p. 57.

4. Bonnecase, *Suppl. de Baudry-Lacantinerie*, t. I, p. 592.

Aux yeux de MM. Colin et Capitant dans le mariage « l'homme et la femme s'unissent en vue de vivre en commun et de se prêter mutuellement assistance et secours sous la direction du mari chef de ménage¹ ».

Citons enfin, en raison de son caractère particulier, la définition du mariage reposant sur les buts naturels qu'il doit remplir, et que l'on trouve dans le *Codex Juris Canonici* du Pape Benoist XV (1917), au canon 1013 : « *Matrimonii finis primarius est procreatio atque educatis prolis*^o; *secundarius mutuuum adjutorium et remedium concupiscentiæ*. »

Il résulte de cette énumération que l'objet principal des préoccupations de la doctrine, en ce qui concerne le mariage, est de définir soigneusement le rôle qu'il doit jouer dans la société ; pour la plupart des auteurs le côté philosophique, moral et social de cette institution domine la question purement juridique de la conclusion et du fonctionnement de l'union conjugale. Or, ce terrain extra-juridique ignoré du Code civil, doit être envisagé pour l'examen tant des causes de nullité qui peuvent entacher le lien matrimonial, que des causes qui peuvent entraîner la rupture d'un lien valablement établi. Nous avons pu remarquer que les auteurs divergent d'opinion lorsqu'il s'agit pour eux de déterminer le but dominant du mariage ; les uns, à l'instar du droit canonique, considèrent avant tout, dans le mariage, l'union charnelle des époux sanctionnée par la loi et par suite font passer au premier plan de ses fins essentielles la procréation des enfants ; les autres au contraire ne voient à tort dans le mariage, qu'une espèce particulière

1. Colin et Capitant, *Traité de droit civ.*, 4^e édit., t. I, p. 18.

de société conclue entre l'homme et la femme, société pleinement valable en raison de ses avantages moraux et économiques même si la procréation des enfants n'est pas possible.

Le mariage au point de vue civil doit-il être rangé dans la catégorie des actes juridiques portant le nom de contrats ? L'opinion affirmative qui remonte à l'ancien droit français fut admise par les rédacteurs du Code civil (bien que les articles concernant le mariage n'aient pas été placés dans la section du Code civil relative aux contrats). Les premiers commentateurs du Code se prononcent également en faveur du caractère contractuel du mariage et certains même le déclarent expressément tel, comme MM. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade par exemple¹.

On en vint plus tard à mettre en doute la véracité d'une semblable assertion, et on vit surgir des théories nouvelles fort intéressantes, dont l'examen approfondi dépasserait d'ailleurs le cadre de notre étude. Ces théories se proposent de dénier au mariage le caractère d'un contrat, elles font remarquer que de profondes différences existent entre le mariage et les contrats régissant le droit du patrimoine :

1° Le mariage n'est pas seulement un acte solennel qui comme certains contrats doit être conclu devant un officier public tel qu'un notaire, ici l'autorité publique intervient directement dans la conclusion de cet acte, c'est elle qui le célèbre ;

2° Dans le mariage, la volonté des parties n'intervient pas pour la réglementation de ses effets, lesquels fixés

1. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, t. II, p. 80, n° 1422.

exclusivement par la loi ne peuvent être en aucune façon modifiés par les parties ;

3° Dans les contrats du droit du patrimoine les parties peuvent introduire des modalités (terme, condition) afin de retarder, suspendre ou résoudre les effets du contrat, ce qui est impossible à l'égard du mariage.

4° De même tandis que les parties liées par un contrat peuvent le résilier, ou l'anéantir par un nouvel accord de volonté (*distractus*) rien de semblable pour des époux.

Cette opinion est adoptée en particulier par M. Capitant à propos de l'étude des actes juridiques ¹.

Le mariage ne peut pas être un contrat, dit-on encore, parce que c'est uniquement la sanction d'un acte naturel dans lequel il est difficile de voir apparaître la notion juridique de contrat, acte naturel de l'union charnelle de l'homme et de la femme ².

Si l'on rejette la théorie contractuelle une autre difficulté se présente alors ; celle de déterminer la véritable nature, au point de vue juridique, de cet acte au caractère si complexe. Cette question, MM. Ripert, Planiol et Rouast l'exposent fort clairement et la discutent dans le nouveau traité pratique de droit civil³ : « Pendant près d'un siècle, écrivent-ils, la question de la nature du mariage ne fut guère soulevée parce que la réponse était à peu près unanime et indiscutée : on considérait le mariage civil comme un contrat. Mais une critique sévère a été faite de cette conception, depuis le début du xx^e siècle ; et beaucoup d'auteurs y ont renoncé, pour y substituer d'autres idées, dont la plus répandue consiste

1. Capitant, *Introduction à l'étude de Droit civ.*, 5^e édit., 1929, p. 278.

2. En ce sens Lefèbvre, *Le lien du mariage*, p. 295 et suiv.

3. Ripert, Planiol et Rouast, *op. cit.*, n° 69, Nature du mariage, p. 55 et suiv.

à considérer le mariage comme une institution. On entend par là qu'il constitue un ensemble de règles imposé par l'Etat, qui forme un tout et auquel les parties ont seulement la faculté d'adhérer ; une fois leur adhésion donnée, leur volonté est désormais impuissante, et ce sont les effets de l'institution qui se produisent automatiquement. Cette doctrine nouvelle a l'avantage de jeter une vive lumière sur les conditions, les effets et les nullités du mariage. Mais il ne faut pas exagérer la part de vérité qu'elle contient et s'il est vrai que le mariage est autre chose qu'un contrat, il ne faut pas oublier qu'il est aussi un contrat. » Ils en arrivent enfin à une conclusion transactionnelle entre les deux systèmes en présence : « La seule conception qui corresponde à la réalité des choses est une conception mixte ; le mariage est un acte complexe, à la fois contrat et institution. »

De même M. Bonnecase dans son supplément au traité de MM. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, critique vivement lui aussi la notion de mariage contrat, à laquelle il substitue celle de mariage institution¹. »

Evolution très nette, car, précédemment, dans son *Traité élémentaire de droit civil*, M. Planiol ne parlait que de contrat², tout comme MM. Baudry-Lacantinerie et Houques Fourcade³.

§ 2. — DES NULLITÉS DE MARIAGE

Le mariage, si on le considère au point de vue de son efficacité, apparaît comme pouvant être valable, nul (de

1. Bonnecase, *Supplément de Baudry-Lacantinerie*, t. I et III.

1. Planiol, *Traité élémentaire du Droit civil*, 19^e édit., t. I, p. 249.

3. Baunry-Lacantinerie et Houques-Fourcades, *op. cit.*, t. II, p. 80, n^o 1422. f. 68 et suiv.

nullité absolue ou relative), ou même, d'après certains auteurs, inexistant.

Le cas normal est celui du mariage valable et inattaquable, produisant tous les effets que la loi attribue normalement à cet acte juridique ; pour être tel, le mariage doit avoir été célébré dans les formes légales et remplir toutes les conditions posées par la loi pour son existence, en un mot, il ne doit être vicié par aucun empêchement dirimant.

I. — Question préliminaire des conditions d'existence et de validité du mariage, des empêchements dirimants.

Examinons donc d'abord très rapidement les conditions d'existence du mariage, les règles essentielles de sa célébration et les empêchements dirimants prévus.

Sur le premier point, on peut ramener à trois ou quatre, suivant qu'il s'agit d'un majeur ou d'un mineur, les conditions de validité du mariage.

La plus essentielle est évidemment la différence de sexe entre les futurs conjoints imposée par la nature même du mariage et le but qu'il doit atteindre. Il est à remarquer d'ailleurs que le Code civil, jugeant sans doute cette condition évidente, ne l'a point énoncée formellement, elle se déduit indirectement des termes de l'article 144 (le premier de notre Code relatif au mariage) : « L'homme avant 18 ans révolus, la femme avant 15 ans révolus ne peuvent contracter mariage. »

Cet article 144 nous énonce la deuxième condition prévue par la loi : la puberté ou aptitude physique du mariage fixée à 18 ans ou à 15 ans suivant le sexe ; à noter que des dispenses d'âge peuvent être accordées (art. 145).

La troisième condition, d'importance primordiale elle

aussi, réside dans le consentement du futur époux, ce que le Code énonce sous cette forme laconique : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. » (Art. 146.)

A l'égard des mineurs de moins de 21 ans, une condition supplémentaire est exigée : le consentement des parents. Cette question du consentement des parents a été considérablement adoucie par des lois successives de 1896, 1907, 1919, 1922, 1924 et 1927. Il serait sans intérêt d'étudier en détail les dispositions relatives à ce sujet, qu'il nous suffise d'en mentionner les grandes lignes en laissant de côté, en particulier, la question des notifications du mariage des majeurs de 21 à 25 ans, dont l'omission ne peut jamais entraîner la nullité du mariage.

Avant la loi du 21 juin 1907, il existait une majorité matrimoniale spéciale pour l'homme qui avait besoin jusqu'à 25 ans, du consentement de ses parents, alors que pour la femme ce consentement n'était exigé que jusqu'à 21 ans, âge de la majorité civile ; depuis le 21 juin 1907, le nouvel article 148, alinéa premier, a égalisé à 21 ans pour les deux sexes cette majorité matrimoniale ; les articles 148 et suivants prévoient les différentes hypothèses possibles : l'obligation de demander le consentement des deux parents vivants, ce qui est le cas normal, ou du survivant ; la nécessité d'obtenir le consentement des grands-parents en cas de décès des père et mère, ou celui du conseil de famille à défaut de parents. La loi du 17 juillet 1927, qui abrogea l'article 152 et modifia les articles 148, 150, 154, 158 et 352, réduisit de beaucoup le rôle de l'autorité paternelle en pareille matière ; alors qu'auparavant, en cas de dissentiment entre les parents, le consentement du père

était nécessaire pour que les mineurs puissent contracter mariage, le consentement pourra être donné soit par le père, soit par la mère, aux termes de la nouvelle loi ; même modification à l'égard des grands-parents. En cas de divorce ou de séparation de corps des parents, le consentement pourra être également donné soit par le père, soit par la mère, sans autres conditions alors que l'ancien texte stipulait que le consentement devait être donné par celui des deux époux qui avait obtenu le divorce à son profit et la garde de l'enfant. (Signalons également que cette loi a fait disparaître, pour les majeurs de 21 à 25 ans, la nécessité de notifier le mariage à celui des deux parents qui refuse seul son consentement.)

Les règles essentielles de la célébration du mariage sont les suivantes : le mariage, qui doit être précédé de publications (cette formalité n'étant d'ailleurs pas prévue à peine de nullité), est célébré publiquement, en présence de deux témoins, devant l'officier d'état-civil compétent (art. 74, 75 et 165, modifiés par la loi du 27 juin 1907 et la loi du 9 août 1919 en ce qui concerne l'article 75). Cet officier d'état civil qui unit les époux au nom de la loi doit être celui de la commune dans laquelle l'un des époux a son domicile ou sa résidence (compétence *rationæ personæ*) et, de plus, il ne doit instrumenter que dans les limites de cette commune (compétence *rationæ loci*).

Voyons maintenant les empêchements dirimants (du latin *dirimere*, rompre), c'est-à-dire les empêchements dont la violation entraînerait la *rupture* (nullité) du mariage. On les oppose aux empêchements prohibitifs n'entraînant jamais la nullité du mariage. Ils sont presque tous énumérés dans le chapitre premier du Code

civil relatif au mariage. Ce sont :

1° Le défaut d'âge ou impuberté (moins de 15 ans pour la fille, moins de 18 ans pour l'homme), pour lequel d'ailleurs des règles spéciales sont prévues ;

2° L'existence d'un premier mariage non dissous (art. 147).

3° La parenté ou l'alliance pouvant exister entre les futurs conjoints : le mariage est prohibé à l'infini en ligne directe que le lien de parenté ou d'alliance soit légitime ou naturel (art 161), il est prohibé en ligne collatérale entre frères et sœurs, beaux-frères et belles-sœurs sans distinguer si la parenté est légitime ou naturelle, mais depuis une loi du 1^{er} juillet 1914 la prohibition entre beaux-frères et belles-sœurs ne subsiste que si le mariage qui avait créé l'alliance s'est dissous par le divorce (art. 162). La prohibition de mariage existe encore au troisième degré entre oncle et nièce, tante et neveu, de même entre grand-oncle et petite-nièce, grande-tante et petit-neveu. L'adoption réglementée actuellement par la loi du 19 juin 1923 crée également une prohibition de mariage entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants, entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant et réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté, entre les enfants adoptifs du même individu, entre l'adopté et les enfants qui pourraient survenir à l'adoptant ;

4° L'abus du divorce est-il un empêchement dirimant ? La question, controversée jadis, a d'ailleurs perdu beaucoup de son importance depuis les lois successives du 5 avril 1919 et du 26 mars 1924 : cette dernière loi disposait que les époux divorcés ne pourraient plus se réunir si l'un ou l'autre avait, postérieurement au divorce, contracté un nouveau mariage suivi d'un second divorce,

sauf en cas d'existence d'enfants vivants ou de descendants légitimes issus du premier mariage ou si le conjoint épousé en secondes noces était décédé postérieurement au divorce. Cette hypothèse compliquée se rencontrait rarement dans la pratique et cet empêchement a été complètement aboli par la loi du 4 janvier 1930 modifiant l'article 295 ;

5° Avant la loi du 15 décembre 1904, la complicité d'adultère formait en vertu de l'article 298 un empêchement à mariage que certains considéraient comme dirimant. La loi de 1904 a supprimé cet empêchement.

Il est inutile de parler de la question de l'engagement dans les ordres sacrés qui, de toute évidence, ne peut constituer un empêchement à mariage en l'absence de texte le prévoyant. La question a cependant été discutée ; elle ne peut plus l'être depuis la séparation des Eglises et de l'Etat du 9 décembre 1905.

Il resterait à parler des vices du consentement ; nous étudierons ce point avec l'étude du Code civil sur les nullités de mariage.

Quant aux empêchements simplement prohibitifs, leur violation ne pouvant jamais entraîner la nullité du mariage, il est inutile de les mentionner ici.

II. — *Des nullités de mariage dans le Code civil*

Une première difficulté se présente à cet égard : le fait qu'en principe, par dérogation au droit commun, aucune nullité virtuelle ou tacite n'est admise à l'égard du mariage. « Pas de nullité sans un texte qui la pro-

nonce expressément » ; la doctrine comme la Cour de cassation se prononcèrent dans ce sens¹.

En admettant ce principe à la lettre, il devrait en résulter que les seules causes de nullité admises sont celles prévues dans le chapitre IV du mariage, intitulé d'ailleurs : « Des demandes en nullité de mariage » et non pas : « Des causes de nullité de mariage ». Or, d'une part, il existe des cas où le mariage ne peut être validé bien qu'aucun texte formel n'établisse de prohibition d'une manière explicite (en cas d'identité de sexe, par exemple) ; d'autre part des empêchements de mariage sont prévus par des textes placés hors de ce chapitre, entraînant sans aucun doute la nullité, comme les prohibitions reposant sur les liens de l'adoption (article 354, loi du 19 juin 1923). La seule conclusion logique de ce débat est que si la formule prohibitive employée par le Code n'entraîne pas automatiquement comme dans d'autres matières la nullité, puisqu'elle peut ne viser qu'un empêchement prohibitif, on ne doit pas cependant en déduire que le chapitre IV a prévu tous les cas de nullité de mariage.

Outre les nullités absolues de mariage et les nullités relatives, certains auteurs admettent une troisième catégorie, celle des mariages inexistant : cette théorie se rattache à celle plus générale de l'inexistence des actes juridiques à côté de la nullité absolue ; il y a là, comme l'ont fort bien montré MM. Colin et Capitant², une simple querelle de mots, car les caractères du mariage inexistant

1. Civ., 9 janvier 1821, D. rép. v° Mar. n° 210, S. 21.1 = 157; S. chon. 6, 1. 359; Req., 12 novembre 1839; D. rép. Mar. n° 514, S. 39.1.826; 12 novembre 1844, D. P. 44.1.98, S. 45.1.246.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 18.

sont les mêmes que ceux du mariage nul. Les auteurs qui adoptent cette distinction ne sont d'ailleurs pas d'accord sur les cas où il y aurait inexistence, tandis que les uns, comme MM. Zacharias, Laurent¹, en voient trois : identité de sexe, défaut absolu de consentement résultant de la folie par exemple, absence de célébration devant un véritable officier d'état civil, M. Demolombe ajoute une quatrième hypothèse, la mort civile (abolie par la loi du 31 mars 1854²), M. Planiol admet primitivement les trois cas prévus par Laurent³.

Dans le *Traité politique de droit civil*, MM. Planiol, Ripert et Rouast indiquent l'extension abusive donnée à cette notion de mariage inexistant et la restreignent aux deux cas de défaut absolu de célébration et d'identité incontestable de sexe⁴.

Quoi qu'il en soit de cette querelle doctrinale, la nullité absolue (ou l'inexistence) se distingue de la nullité relative en matière de mariage par les traits suivants : tandis que la première peut être invoquée par toute personne y ayant intérêt et par le ministère public, la deuxième au contraire ne peut être proposée que par certaines personnes limitativement énumérées par la loi, celles précisément dans l'intérêt desquelles la loi l'a établie. De plus, tandis que la nullité absolue ne peut jamais se couvrir, la nullité relative disparaît, soit par l'expiration d'un certain délai, soit par la ratification des personnes auxquelles appartient l'exercice de l'action en nullité.

1. Laurent, *Principe du Droit civil français*, t. II, *Du mariage*, n° 270-275.

2. Demolombe, *Traité du mariage*, t. I, n° 242, p. 371.

3. Planiol, *op. cit.*, t. I, p. 346 et 347.

4. Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 256, 257 et 258, p. 206 et suiv.

En dehors des cas d'identité de sexe, défaut absolu de consentement et défaut de célébration devant un officier d'état civil, les nullités absolues prévues expressément dans notre Code civil sont l'impuberté, l'inceste, la bigamie, la clandestinité et l'incompétence de l'officier d'état civil. L'article 184 fait un renvoi à ce sujet aux articles 144 (pour l'impuberté), 147 (pour la bigamie), 161, 162 et 163 (pour l'inceste, sanctionnant l'empêchement de parenté ou d'alliance dont on a parlé). Deux règles spéciales à l'égard de l'impuberté dérogent au droit commun des nullités absolues ; le mariage ne peut plus être attaqué pour cette cause lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que l'époux impubère a atteint l'âge compétent et lorsque la femme qui n'avait point atteint cet âge a conçu avant l'échéance des six mois (art. 185). Enfin, les personnes (père, mère, ascendants ou membres de la famille) qui ont consenti au mariage de l'impubère sont privés du droit d'en demander la nullité (art. 186).

Quant à la nullité absolue pour clandestinité et incompétence d'officier d'état civil, c'est l'article 191 qui la prévoit ; le défaut de publications n'entraîne la nullité de mariage qu'à l'égard des mariages célébrés à l'étranger (réglementés par l'article 170) pour frauder la loi française.

Les nullités relatives se rencontrent dans deux hypothèses : le mariage des mineurs sans le consentement des parents, les vices du consentement. Dans le premier cas l'action en nullité est réservée à « ceux dont le consentement était requis » et à l'époux « qui avait besoin de ce consentement » (art. 182). A l'égard des parents dont le consentement n'a pas été obtenu, l'action en nullité ne dure qu'un an du jour où ils ont

connaissance du mariage, mais leur ratification est possible avant l'expiration de ce délai. A l'égard de l'époux muni de l'action, la prescription annale ne commence à courir qu'au jour où celui-ci atteint l'âge compétent pour contracter mariage (art. 183).

Examinons maintenant les vices du consentement, question fort importante pour notre étude puisqu'elle en est, comme nous le verrons, en quelque sorte le pivot. A noter tout d'abord que de tous les cas de nullité c'est celui à l'égard duquel notre Code s'est montré le plus laconique et tandis que la même question lorsqu'elle se posera plus loin pour les nullités de contrat sera traitée dans une section distincte, « Du consemement », comprenant en tout une dizaine d'articles ; ici au contraire deux articles seulement ont été écrits. Enfin, tandis qu'à l'égard des contrats quatre cas de vices du consentement sont prévus : l'erreur, la violence, le dol et la lésion (dans certains cas du moins), vis-à-vis du mariage la violence et l'erreur sont seul admis et encore dans des conditions bien restreintes. L'article 180 dispose en effet : « Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre. Lorsqu'il y a eu erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en erreur », et l'article 181 ajoute : « Dans le cas de l'article précédent la demande en nullité n'est plus recevable toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continuée pendant six mois depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue. » A la lecture de ces deux articles, on remarque combien les limites assignées à l'ac-

tion en nullité sont étroites : seul l'époux dont le consentement a été vicié peut agir et encore dans un délai extrêmement court (6 mois) ; d'autre part la formule lapidaire « erreur sur la personne » fait contraste avec tous les développements de l'erreur en matière de contrat (erreur sur la substance, erreur sur la personne) contenus dans les deux paragraphes de l'article 1110 ; pour la violence on peut aussi faire la même réflexion.

Cette marque de défaveur du Code civil à l'égard des nullités de mariage pour vice de consentement sera la cause de difficultés sans nombre au milieu desquelles la doctrine et la jurisprudence vont se débattre sans pouvoir trouver une solution vraiment satisfaisante.

Quel est le résultat d'une annulation de mariage ? C'est avant tout l'anéantissement complet de ce dernier et cela qu'il s'agisse d'une nullité absolue ou d'une nullité relative ; dans les deux cas l'effet sera le même, la sentence du juge rétroagira au jour de la célébration conjugale et le mariage sera censé n'avoir jamais existé. C'est la grande différence entre un mariage annulé et un mariage dissous (par le décès de l'un des conjoints ou par le divorce) qui lui subsiste jusqu'au jour où l'union conjugale a cessé.

L'annulation de mariage ne produit d'ailleurs pas toujours cet effet radical qui aurait de graves inconvénients ; en particulier si des enfants étaient issus de cette union, ils devraient logiquement être considérés comme des enfants naturels. C'est pourquoi, la théorie du mariage putatif vient ici apporter un remède à cet état de choses. Pour que le mariage nul produise des effets civils, il faut qu'il ait été « contracté de bonne foi » (art. 201), et la bonne foi consiste à ignorer l'empêchement qui s'oppo-

sait à la formation du mariage ou le vice qui a entaché sa célébration, il suffit également que la bonne foi existe lors de la célébration. Si les deux époux étaient à ce moment de bonne foi, les effets produits par le mariage dans le passé jusqu'à ce jour de l'annulation subsistent (art. 201) tout comme s'il était valable, et en fait sinon en droit, la situation se rapproche beaucoup de celle qui se produit à l'égard d'un mariage dissous par le divorce. Si au contraire un seul des deux époux était de bonne foi, le bénéfice de la loi ne profiterait qu'à lui et aux enfants issus du mariage (art. 202), la situation entre les deux époux est alors inégale, puisque le mariage n'est censé avoir existé dans le passé qu'à l'égard de l'un d'entre eux.

§ 3. — DU DIVORCE ET DE LA SÉPARATION DE CORPS

I. — *Du divorce*

C'est la rupture d'un mariage valable du vivant des deux époux. C'est en dehors du cas normal de décès d'un des conjoints, le seul mode de dissolution de l'union conjugale ; l'annulation de mariage dont nous venons de parler n'est pas en effet un mode de dissolution ; on ne peut dissoudre un lien n'existant que fictivement. Le divorce ne peut avoir lieu que par autorité de justice et pour des causes déterminées par la loi. C'est la loi du 27 juillet 1884 qui rétablit en France cette institution.

Les causes prévues par le Code sont au nombre de trois : l'adultère, les excès, sévices et injures graves, la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante. Elles reposent toutes, sauf peut-être la der-

nière, sur un manquement grave aux devoirs conjugaux. Le premier cas de divorce et le troisième sont des causes péremptoires de divorce en ce sens qu'une fois le fait invoqué constaté, les tribunaux doivent prononcer le divorce.

La loi de 1884 à la différence de ce que décidait le Code civil a placé sur le même pied l'adultère du mari et celui de la femme (art. 229 et 230), alors qu'auparavant, la femme ne pouvait invoquer l'adultère de son conjoint que s'il était accompagné d'une double circonstance aggravante, l'entretien régulier d'une concubine, et le fait se passant dans la maison conjugale.

Les condamnations criminelles (peines afflictives et infamantes), ne peuvent être invoquées en vertu de l'article 232, que si elles ont été prononcées par un tribunal français pendant le mariage, et que de plus elles sont devenues définitives et n'ont été effacées ni par la réhabilitation ni par l'amnistie.

Le cas de divorce le plus fréquemment invoqué est celui que prévoit l'article 231 : « Les époux pourront réciproquement demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves de l'un d'eux envers l'autre. » Cet article fort vague dans sa forme de rédaction, prévoit en réalité trois hypothèses : les excès et sévices, c'est-à-dire les mauvais traitements matériels, depuis les simples coups jusqu'à la tentative de meurtre, les injures écrites ou verbales et enfin les faits injurieux. Quant à l'épithète de « graves » qui termine l'article 231, on s'accorde à considérer qu'elle s'applique aux excès et sévices, ainsi qu'aux injures.

La notion de « faits injurieux », comme cause de divorce, va permettre à la jurisprudence d'étendre dans

des proportions exagérées les cas de divorce, au point même qu'elle finira par oublier que le divorce, aux yeux de la loi, ne peut sanctionner qu'un manquement grave aux devoirs conjugaux, aux charges et obligations de la vie conjugale ; on la verra en fait valider indirectement des divorces par consentement mutuel, dans lesquelles la demande sera basée uniquement sur des motifs fictifs, des exploits d'huissiers, tels qu'une sommation de réintégrer le domicile conjugal suivie de refus, exploits dressés avec plein accord des deux époux. On la verra aussi, et c'est ce que nous examinerons en détail au chapitre V, prononcer le divorce dans des hypothèses, où comme nous l'avons proclamé dans l'introduction de cet ouvrage, seule l'annulation de mariage devrait logiquement intervenir.

Remarquons enfin que si au point de vue de ses effets, le divorce produit une situation voisine de celle résultant de l'annulation d'un mariage dit « putatif », par contre au point de vue de ses causes, le divorce doit être rapproché de la séparation de corps qu'il reste à examiner brièvement.

II. — *De la séparation de corps*

C'est l'état de deux époux qui ont été dispensés par la justice de l'obligation de vivre ensemble. La séparation de corps diffère du divorce en ce qu'elle ne rompt pas le mariage, elle en relâche seulement les liens. Les deux époux restent mariés, mais vivent séparément. Toutes les obligations nées du mariage, subsistent, excepté celles qui se rattachent à la vie commune.

Les divers points de vue suivant lesquels on peut envi-

sager la séparation de corps ont fort bien été mis en lumière par MM. Ripert, Planiol et Rouast, qui les ramènent à trois : conception confessionnelle de la séparation de corps remplaçant le divorce pour les catholiques, conception de la séparation de corps diminutif du divorce, conception de la séparation de corps prélude du divorce¹.

Par contre la séparation de corps au point de vue de ses causes est soumise exactement au même régime que le divorce, et il n'existe aucune cause de divorce qui ne soit cause de séparation de corps ou inversement, c'est ce qui résulte du texte même de l'article 306 : « Dans le cas où il y a lieu à demande en divorce, il sera libre aux époux de former une demande en séparation de corps. » Les critiques que nous venons de signaler à propos des causes de divorce dans notre droit, trouveraient donc également leur place à cet endroit. Il importe cependant de noter, que la jurisprudence a eu plus souvent à affirmer sa tendance en faveur de l'extension des cas d'injures graves sur le terrain du divorce, que sur celui de la séparation de corps, depuis que le divorce est établi.

Telle est donc la conception moderne d'après notre Code civil du mariage, de ses causes d'annulation et de dissolution. Il n'en fut pas de même autrefois, c'est pourquoi il convient de jeter maintenant un coup d'œil dans le passé afin de compléter les bases de notre étude.

1. Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 658. Evolution des tendances de la législation en matière de divorce (p. 555 et suiv.).

CHAPITRE II

Aperçu sommaire relatif au mariage et à ses modes de dissolution dans l'ancien droit français et la période intermédiaire.

§ 1. — AVANT LE CONCILE DE TRENTE. — LE MARIAGE ANTIQUE ET L'ÉLABORATION DE LA DOCTRINE CANONIQUE

Résumons brièvement l'histoire de la formation et de la dissolution du lien conjugal dans notre ancien droit.

L'étude du mariage romain ne peut apporter aucune lumière sur la question qui nous occupe. En effet à cette époque, la notion juridique de lien conjugal réglementé et soumis au contrôle étroit de la société, n'existait pas encore.

Les mariages étaient choses purement privées, du ressort unique de la juridiction familiale, primitivement il dépendait du *pater familias* seul, de marier ou de ne pas marier ses enfants, comme de rompre ou de maintenir l'union conjugale. Les *justæ nuptiæ* présentaient d'ailleurs divers aspects suivant les modes de célébration usités (*confarreatio* au caractère religieux, et la plus ancienne, *coemptio et usus*) et suivant les effets produits par le mariage au regard de la femme et des enfants : mariage *cum manu* reposant sur la notion familiale de *manus* et faisant entrer la femme dans la famille de son mari, et sous sa puissance ou celle de son *pater* ; mariage *sine manu* laissant au contraire la femme sous la dépen-

dance de sa famille d'origine et ne réalisant aucune union étroite entre les deux époux. Un seul trait commun à ces sortes d'union, le consentement des deux conjoints de se prendre pour mari et femme. Avec le temps et la décadence des mœurs, le mariage *sine manu*, bientôt seul en usage et dépourvu de toutes solennité, en vint à se confondre presque avec le concubinat. La vie commune établie par le mariage pouvait cesser soit par un accord de volonté (*divortium*), soit par une manifestation unilatérale de volonté de rompre l'union conjugale, le *repudium* émanant généralement du mari. Comme le mariage ne créait point un véritable lien de droit entre les époux, il ne pouvait être question d'actions en nullité véritables et les unions vicées à leur base par une cause quelconque étaient dissoutes par le *repudium* et le *divortium* qui ne furent pendant très longtemps subordonnés à aucune cause particulière, mais soumis au libre arbitre des conjoints.

Seul le christianisme, grâce à la profonde influence qu'il exerça par sa morale et sa doctrine tant sur les mœurs que sur la réglementation du mariage, va permettre de dégager les véritables bases de cette institution et va lui imprimer ses caractères essentiels qu'elle présente encore aujourd'hui. C'est ainsi que dès le Bas-Empire, nous voyons les empereurs convertis au christianisme réglementer étroitement le *repudium*. C'est d'abord Constantin qui soumet la répudiation à l'obligation pour celui qui y recourt d'invoquer des motifs graves. Justinien à son tour distingue trois sortes de répudiations :

1° Le *repudium bona gratia* motivé pour une cause

non imputable à l'autre conjoint (impuissance, vœu de chasteté) ;

2° Le *repudium ex justa causa*, répudiation motivée par la faute de l'autre conjoint (crime, adultère, inconduite) et entraînant des peines contre lui ;

3° Le *repudium sine ulla causa*, répudiation injustifiée entraînant des peines contre l'auteur de la répudiation.

Justinien va même jusqu'à tenter de supprimer le *repudium* (sauf pour le cas d'entrée en religion ou de vœu de chasteté) mais son successeur fut obligé de le rétablir tant cette mesure avait suscité de réclamations.

Avec les progrès du christianisme nous verrons bientôt l'Eglise faire triompher sa doctrine sur le mariage et obtenir la législation et la juridiction en cette matière à une époque où le pouvoir séculier, après la chute de l'Empire romain, sera considérablement amoindri. Les textes sur lesquels reposent cette doctrine sont, outre le passage de la Genèse relatif à la création d'Adam et d'Eve, les Evangiles, en particulier l'Evangile selon saint Matthieu (xix^e) où l'on trouve au verset 5 du texte suivant la *Vulgate* ces mots : *Et erunt duo in carne una* (d'où l'Eglise a tiré le principe du rôle primordial fixé dans le mariage par la *copula carnalis*), et au verset 6 cette phrase : *Quod Deus conjunxit hanc non separet* (d'où doctrine catholique du mariage sacrement, et par suite, indissoluble). Il convient de citer également l'épître aux Ephésiens et la première épître aux Corinthiens, de l'apôtre saint Paul, qui eurent sur la question une grande influence.

Le droit canonique qui, à partir du moyen âge, régit presque seul en France jusqu'à la Révolution cette im-

portante matière du mariage, s'est formé très nettement autour des textes que nous venons de citer. Primitivement, l'Eglise accepta pour la célébration toutes les formes usitées dans l'ancienne Rome en ajoutant seulement la bénédiction nuptiale au ix^e siècle ; cependant il semble résulter d'un faux capitulaire de Benedictus Levita et d'un faux canon attribué au concile d'Arles, que certaines formes furent alors imposées. Enfin en 866, le rescrit du pape Nicolas 1^{er} aux Bulgares, après avoir énuméré les diverses pratiques (fiançailles, dot, bénédiction nuptiale) usitées généralement à cette époque, conclut en ce que ces formalités ne sont point obligatoires ; le mariage naissant du simple échange de consentement.

Cette doctrine du mariage purement consensuel se heurte à une autre théorie qui va jouer un rôle important dans le développement du droit canonique, et qui tend à faire naître le mariage non plus de l'échange des consentements, mais de l'union charnelle entre les conjoints, de la *copula carnalis*. Cette théorie qui considère avant tout le mariage sous son angle naturaliste s'appuie sur deux textes apocryphes ou altérés cités au décret de Gratien (*causa 27* et *causa 17*). L'un est attribué à saint Augustin, mais en réalité il n'appartient pas à ce Père de l'Eglise qui, bien au contraire, combattit cette théorie dans sa polémique avec Julianus Pelaginus. L'autre est un fragment de l'épître de saint Léon à Rusticus que l'on altéra en introduisant une négation dans la phrase sur laquelle on se base, de sorte qu'on lui fait dire que pour représenter le sacrement du Christ et de l'Eglise, le mariage devait être consommé par la *commixtio sexuum*, alors qu'en réalité il proclame que la volonté de se pren-

dre pour mari et femme suffit pour que le mariage existe. Au ix^e siècle, l'archevêque Hincmar, de Reims, émet alors l'opinion que le mariage conclu mais non consommé n'est pas un sacrement, car l'union des deux époux symbolise l'union du Christ et de son Eglise ; or, le mariage de Jésus-Christ et de son Eglise comporte une union matérielle puisque le Christ y a donné tout son sang, donc l'union complète, même le sacrement, ne seront parfaits que s'il en est de même entre les époux par l'acte de la *copula carnalis*.

Cette doctrine est reprise et développée par Gratien distinguant le *conjugium initiatum* et le *conjugium ratum*. Le *conjugium initiatum* est bien un mariage et ne comporte pour sa validité que l'échange des consentements mais c'est seulement au *conjugium ratum* résultant de la consommation charnelle qu'il reconnaît l'existence du sacrement. Cet éminent canoniste en tire les conséquences suivantes, (rappelées brièvement par M. Esmein, dans son remarquable traité : *le Mariage en droit canonique*) :

1° Les époux se doivent le *debitum conjugale* et l'un d'eux ne peut point sans le consentement de l'autre faire vœu de continence et embrasser la vie religieuse.

2° L'impuissance survenant après que le mariage a été consommé ne le dissout pas ; si, au contraire, elle est antérieure au mariage et a rendu impossible l'établissement des relations conjugales, il n'y a pas juridiquement mariage.

3° La séparation des deux époux entre lesquels il n'y a pas eu de *copula carnalis* n'est pas un *divortium*.

L'école de Bologne ou professait Gratien adopta ces idées avec quelques modifications pensant que si le

mariage consommé était seul indissoluble, le *conjugium initiatum*, comprenant aussi bien le mariage actuellement consenti que la simple promesse de mariage ou fiançailles, pouvait être dissous, non pas arbitrairement, mais par un certain nombre de causes déterminées dont les plus importantes sont l'impuissance, le vœu de chasteté, la folie. L'école de Bologne donne également à la théorie de Gratien une nouvelle base juridique en rapprochant le mariage de la vente romaine qui, parfaite comme contrat, par le simple échange de consentement, ne transférait la propriété que par la tradition, acte matériel postérieur.

Pierre Lombard, théologien français, contemporain de Gratien, combattit vivement cette doctrine dans son œuvre célèbre, *les Sentences* et interpréta les textes en se basant sur une autre distinction : celle des promesses de mariage pour l'avenir (*sponsalia per verba de futuro*), et les promesses actuelles de mariage (*sponsalia per verba de praesenti*) constituant une union parfaite. Pierre Lombard en arrive ainsi à confondre les fiançailles (*sponsalia*) avec le mariage lorsqu'elles renferment un consentement actuel de se prendre pour mari et femme ; par là il reprend l'opinion précédemment émise par Fulbert et Yves de Chartes qui, lorsque les fiançailles avaient été accompagnées d'un serment (fiançailles jurées), les assimilaient au mariage et leur faisaient produire par avance la plupart des effets de ce dernier. Enfin, Pierre Lombard attache la vertu sacramentelle à l'échange du consentement et non à la consommation du mariage. Il reconnaît une double union du Christ et de l'Eglise, dont l'une immatérielle par la simple charité, par le don de soi que Jésus-Christ fait à l'Eglise avant

d'être crucifié, et il en déduit cette conséquence que le mariage consenti et non consommé représente la première union et que cela suffit pour qu'il soit un sacrement. Bien que la *copula carnalis* ne soit plus pour lui un élément essentiel pour la formation du mariage parfait et indissoluble, Pierre Lombard considérant l'homme impuissant comme frappé d'une incapacité de contracter mariage admet la rupture du lien conjugal pour impuissance du mari à condition que la femme ait ignoré cette situation lorsqu'elle contracta.

Ce fut la théorie de Pierre Lombard qui triompha de celle émise par Gratien et fut adoptée par le droit canonique après une lutte très vive qui dura tout le onzième siècle. Le pape Alexandre III sanctionna législativement la règle que le mariage se consacre par le seul consentement, règle qu'il avait déjà exposée lorsqu'il n'était encore que *magister Rolandus*. Mais on fit un double sacrifice à la doctrine de Gratien : d'abord il fut admis que si le mariage était parfait dès l'échange des consentements, l'union conjugale était cependant moins complète qu'après la consommation, l'indissolubilité du lien conjugal ne résultait alors que de la constitution ecclésiastique tandis que, après la *copula carnalis*, le symbole du mariage représentant le sacrifice matériel de Jésus-Christ était de droit divin. D'où l'on tira cette conclusion que le mariage non consommé pouvait être dissous par la consécration de l'un des époux à l'Eglise, et par dispense spéciale du pape (dispense de *rato sed non consummato*). Telle est la doctrine transactionnelle exposée dans le décret de Grégoire IX et qui régit encore aujourd'hui le mariage en droit canonique. L'Eglise, remarquons-le, considérant que l'indissolubilité dérive du sa-

crement, ne juge pas cette indissolubilité applicable au mariage des infidèles parce que tout sacrement suppose que celui qui doit le recevoir a été baptisé.

A l'égard de la célébration du mariage, l'Eglise n'exigea donc pour la validité du mariage que l'échange des consentements des futurs conjoints, le consentement des parents n'étant jamais requis, même à l'égard des mineurs, cela conformément à la doctrine de Pierre Lombard, mais contrairement à la pratique usitée autrefois en droit troyen. La bénédiction nuptiale, la présence d'un prêtre comme témoin de l'union était de pratique courante, d'ailleurs expressément recommandés, ainsi que l'usage des publications ou bannies précèdent le mariage, mais cela n'était juridiquement pas nécessaire pour la validité du mariage, aussi les mariages clandestins difficiles à prouver jusqu'au Concile de Trente, furent extrêmement fréquents.

II. — *Les empêchements dirimants d'après le droit canonique.*

Examinons maintenant quels furent les empêchements dirimants établis par le droit canonique.

Ce sont d'abord un certain nombre d'empêchements qui remontent au droit romain et que l'on trouve encore presque sous la même forme dans notre droit civil moderne :

1° *Les vices du consentement.* — Le consentement à mariage, pour être valable, doit avoir été un consentement véritable ; celui donné par un dément entraînerait l'inexistence du mariage, à moins qu'il n'eût agi au cours d'un intervalle lucide. En dehors de ce cas, le consentement pouvait être frappé de nullité lorsqu'il était enta-

ché de vices dont la théorie est en partie empruntée à celle de la formation des contrats : l'erreur et la violence. (Le droit canonique, comme d'ailleurs les auteurs de droit civil, ne voulut pas admettre le dol comme vice du consentement, d'où le brocard de notre ancien droit : « En mariage trompe qui peut ».)

En ce qui concerne l'erreur, Pierre Lombard et Gratien en distinguent quatre sortes : *l'error personæ, fortunæ, qualitatis, conditionis*. L'erreur sur la fortune et l'erreur sur les qualités morales ou physiques (sauf cas d'impuissance) ne rendent pas le mariage nul, parce qu'elles ne font pas disparaître le consentement. L'erreur sur la personne, au contraire, soit qu'elle porte sur l'identité physique, soit qu'elle porte sur l'identité civile, entraîne la nullité, mais de nombreuses controverses s'élevèrent sur la limite à adopter à cet égard. Enfin, l'erreur sur la condition ne fut admise que dans un seul cas, lorsqu'une personne libre épousait une personne de condition servile croyant épouser une personne de libre condition. Cet empêchement est une survivance du mépris attaché anciennement au mariage des esclaves qui, considéré à Rome comme un simple accouplement (*contubernium*), ne fut reconnu que tardivement et grâce à l'influence de l'Eglise (concile de Châlons en 993).

Quant au vice de violence, il se rapporte au cas de rapt sans le consentement de la fille enlevée. D'ailleurs, même pendant le rapt, dès que la jeune fille avait consenti au mariage, celui-ci existait et l'on en vint même à admettre une confirmation tacite de l'union viciée par le rapt, de ce simple fait que les rapports conjugaux s'étaient établis entre les époux, pourvu que la *copula carnalis* n'eût pas été elle-même imposée par violence.

2° *L'existence d'un mariage antérieur non dissous* qui repose sur le grand principe de monogamie déjà admis dans l'ancienne Rome.

3° *L'impuberté*. — Cet empêchement fut emprunté par l'Eglise au droit romain et l'âge minimum fixé pour les mariages fut de douze ans pour les filles, quatorze pour les garçons.

4° *Le lien de parenté existant entre les conjoints*. — Si l'établissement de cet empêchement n'est pas une création du droit canonique, du moins celui-ci, par terreur de l'inceste, lui donna un développement qu'il ne connaissait pas auparavant et qui fut restreint par les législations civiles modernes. En effet, non seulement en ce qui concerne la parenté légitime, l'Eglise en vint à admettre la prohibition de mariage entre parents jusqu'au 7^e degré canonique (prohibition d'ailleurs ramenée au 4^e degré canonique ou 8^e degré de computation romaine par le 4^e concile de Latran, en 1215), mais, de plus, elle édicta des empêchements tenant à la parenté naturelle à l'alliance entendue dans un sens très large, aux relations illicites, à la parenté légale issue de l'adoption, à la parenté spirituelle issue de la participation de certaines personnes au même sacrement (baptême, confirmation), au lien produit par de simples fiançailles non suivies de mariage (*publica honestas*). Il convient de rapprocher de ces empêchements ceux édictés entre le ravisseur et la fille enlevée qui disparut à l'époque d'Hinemar et celui entre l'époux adultère et son complice dans certains cas.

Il reste à voir maintenant quatre empêchements qui disparurent de la législation civile française, avec la sécularisation du mariage sous la Révolution :

1° *Empêchement de dispar cultus* frappant de nullité,

sauf dispense spéciale du pape, le mariage d'un chrétien avec un infidèle ou un juif.

2° *Empêchement résultant du vœu de chasteté* à propos duquel Gratien et Pierre Lombard établirent la distinction adoptée par l'Eglise du vœu solennel et du vœu simple, le premier seul devant entraîner un empêchement dirimant.

3° *Empêchement résultant de l'engagement dans les ordres sacrés*. — Cet empêchement ne s'est établi que tardivement et si l'Eglise a de bonne heure désapprouvé le mariage des prêtres, elle ne l'a cependant pas interdit formellement jusqu'au ^x^e siècle ; c'est le concile de Latran seul qui, en 1139, décida que l'entrée dans les ordres sacrés serait un empêchement à mariage. Sous Célestin II (1191-1198), il fut précisé que cet empêchement s'étendait jusqu'au sous-diacre inclus.

4° *L'empêchement d'impuissance* qui, basé sur le but naturel et essentiel du mariage, intéresse plus particulièrement l'objet de cette étude.

C'était une cause de divorce à Rome et Justinien, comme nous l'avons vu, trouva dans cet état un motif de *repudium bona gratia*. Hincmar, ne considérant le mariage comme indissoluble que par la copulation charnelle seule, admit l'impuissance comme cause de divorce, d'où il résultait que seule l'impuissance antérieure au mariage pouvait être invoquée, l'union devenant indissoluble par la consommation.

Avec le triomphe de la théorie de Pierre Lombard, cette thèse ne pouvait plus se soutenir, puisque le mariage est parfait par le seul échange des consentements, mais Pierre Lombard proposa alors de faire de l'impuissance non plus une cause de dissolution du

mariage (cas de divorce), mais une cause de nullité de mariage. Il déclarait donc l'impuissant incapable de contracter mariage avec ce tempérament que l'union serait tenue pour valable si le conjoint avait connu l'impuissance, la nullité devant bien plutôt résulter de l'erreur à l'égard du conjoint de l'impuissant que de cet état considéré en lui-même (solution comparable à celle adoptée à l'égard de la personne de condition servile).

Une autre théorie tendant, au contraire, à considérer l'impuissance comme sans influence sur la validité du mariage sembla d'abord admise par l'Eglise romaine, mais l'opposition du clergé gallican à cette solution amena la papauté à adopter les idées professées en France.

L'impuissance antérieure au mariage devint une cause de nullité, même si elle était connue du conjoint, celle postérieure à la consommation du mariage restant sans influence. De plus, alors qu'autrefois la théorie de l'impuissance ne visait que l'homme seul, on l'étendit à l'égard de la femme dans certaines hypothèses, mais jamais dans le cas de simple stérilité ; enfin, on distingua, quant à sa cause, l'impuissance naturelle (*frigiditas*), l'impuissance accidentelle et celle due à un maléfice, cette dernière pouvant être seulement relative et permettant au conjoint de contracter une nouvelle union avec une tierce personne.

Le gros inconvénient que présenta l'empêchement d'impuissance, et d'ailleurs la raison principale pour laquelle il ne fut pas admis dans notre législation civile moderne, fut la difficulté de preuve : longtemps on se contenta de la déclaration des conjoints renforcée par un serment ; puis on imposa plus tard un temps d'épreuve

de deux ou trois ans avant de prononcer la nullité, enfin une décrétale de Grégoire IX organisa la visite de l'époux impuissant par des experts.

Outre ces divers empêchements dirimants, il existait des empêchements prohibitifs (qu'il serait trop long d'énumérer) devant, en principe, faire obstacle au mariage, mais dont la violation n'entraîne jamais son annulation.

Les actions en nullité de mariage se présentant sous trois faces (procédure d'*accusatio*, de *denuntiatio evangelica* et, plus tard, procédure d'*inquisitio*) sont la sanction dernière des empêchements dirimants ; elles supposent contracté un mariage nul. Les oppositions sont, au contraire, des mesures préventives visant un mariage projeté et non encore contracté ; elles sanctionnent à la fois les empêchements dirimants et les empêchements prohibitifs, constituant d'ailleurs à l'égard de ces derniers la seule voie de droit par laquelle on puisse les faire valoir. Lorsque l'action en nullité avait triomphé, les conséquences en étaient graves, puisque le mariage était censé n'avoir jamais existé et tous les effets qu'il avait pu produire étaient rétroactivement effacés.

L'Eglise tempéra la rigueur de ce régime de deux façons, donnant à l'autorité ecclésiastique et bientôt au pape seul le pouvoir d'accorder des dispenses à l'égard de certains empêchements et en édifiant la théorie du mariage putatif. Si l'un des conjoints avait été de bonne foi, avait ignoré pour une juste cause l'existence de l'empêchement dirimant, le mariage, quoique nul à la seule condition qu'il eût été célébré *in facie ecclesiæ*, qu'il ne fût pas clandestin, produisait tous les effets d'un mariage légitime pour le temps précédant la déclaration

de nullité et les enfants nés ou conçus à cette époque étaient considérés comme légitimes. Cette théorie exposée longuement par Pierre Lombard est sanctionnée dans les décrétales depuis Alexandre III.

III. — *L'indissolubilité conjugale et la séparation de corps dans l'ancien droit.*

Cette organisation savante du droit canonique sur les nullités de mariage est le résultat d'une longue évolution dont le point de départ se trouve dans l'élaboration de la doctrine du mariage-sacrement dont la nullité repose tout à la fois sur le symbolisme de l'union conjugale représentant l'union du Christ et de son Eglise et sur des prescriptions de droit divin positif (à cet égard texte de la Genèse) et du droit naturel : nécessité d'une union stable en vue des fins naturelles du mariage : la fondation de la famille et l'éducation des enfants. L'Eglise, dès son origine, lutta donc contre le divorce romain qu'elle ne put d'ailleurs faire disparaître que lentement. Il en est résulté ce fait curieux, bien significatif de l'étroite parenté originelle entre la nullité de mariage et le divorce, que le même terme de *divortium* va être employé par les canonistes du moyen âge dans trois hypothèses bien distinctes :

1° Le mariage brisé à raison d'un vice initial ou mariage annulé.

2° Le mariage dissous pour faits postérieurs comme opérait le vrai divorce romain et comme il résultait en droit canonique de la profession religieuse et en cas de non consommation.

3° Le mariage à l'égard duquel est intervenue une sim-

ple séparation de corps : *divortium quoad thorum et mensan*, dont nous parlerons plus loin¹.

Une controverse s'est d'ailleurs élevée parmi les théologiens sur le point de savoir si les textes évangéliques ne permettaient pas la dissolution du mariage dans le cas d'adultère de la femme.

L'Evangile selon saint Matthieu semblait l'admettre, alors qu'au contraire la thèse de l'indissolubilité absolue résultait des Evangiles selon saint Luc et saint Marc. Ce fut cette dernière solution qui, finalement, l'emporta au xii^e siècle. Désormais, le lien du mariage ne peut être rompu que par la mort de l'un des conjoints.

Mais l'Eglise dut adoucir cette règle par l'établissement de la séparation de corps ou *divortium quoad thorum et mensan* calquée en partie sur le divorce romain, dont le résultat était, tout en maintenant le lien conjugal, d'en suspendre les effets et de dispenser les époux de vivre ensemble. Cette séparation fut admise par consentement mutuel dans le cas de vœu réciproque de continence de chacun des époux ou pour cause déterminée. La seule cause admise primitivement fut l'adultère du mari ou de la femme (fornication) basée sur le texte de saint Matthieu. On y ajouta au xiii^e siècle l'hérésie et l'apostasie ou *fornicatio spiritualis* qui ne sont qu'une extension singulière de la fornication naturelle. Longtemps on s'en tint là, puis on en vint à admettre un troisième cas développé surtout par la jurisprudence séculière : les sévices graves d'un époux envers l'autre. La séparation de corps pouvait disparaître par la réconciliation des époux provenant soit du consentement mutuel, soit du pardon de la victime de l'adultère.

1. Cf. à cet égard, Lefebvre, *Le lien du mariage*, p. 230 et suiv.

§ 2. — APRÈS LE CONCILE DE TRENTE

Cette solide construction du droit canonique présentait un point faible, celui de la célébration du mariage qui, comme nous l'avons vu, ne résultait, même pour les mineurs, que du simple échange de consentement indépendamment de toute autre formalité. Qu'en résultait-il ? Une difficulté considérable pour prouver le mariage et l'existence d'un grand nombre de mariages clandestins, objet de violentes critiques de la part du pouvoir séculier et des familles. D'autre part, dans leurs doctrines nouvelles, les protestants se proposent d'ébranler l'idée que le mariage doit être considéré comme un sacrement. C'est pourquoi une réforme du droit canonique apparaît bientôt comme nécessaire ; ce fut l'œuvre du Concile de Trente (1542-1563) qui, parmi les nombreux problèmes abordés, s'occupa du mariage.

Le Concile de Trente proclama d'abord que le mariage était bien un sacrement et, par suite, qu'il était indissoluble, même en cas d'adultère, puis il transforma le mariage d'un contrat consensuel en un acte solennel. Il exigea, pour sa validité, la présence obligatoire du parochus ou curé de l'un des conjoints et de deux témoins ; le rôle du prêtre ne consiste pas à administrer le sacrement de mariage, il est seulement un témoin nécessaire à l'échange des consentements, témoin en l'absence duquel l'échange de consentement perdait son efficacité, mais le mariage procède du consentement des époux qui sont à eux-mêmes les ministres de ce sacrement. Le Concile ordonne encore de procéder aux publications du mariage (ou bannies), coutume d'ailleurs usitée en général depuis le Concile de Latran. Enfin, tandis qu'autrefois les *spon-*

salia per verba de futuro se transformaient en union parfaite quand elles avaient été suivies de *copula carnalis* (mariages présumés), le principe nouveau ne permit pas de considérer qu'il y avait là mariage. Toutes ces dispositions avaient pour but de faire disparaître les mariages clandestins, elles furent complétées plus tard sur ce point par une Bulle de Benoist XIV qui réglementa étroitement les mariages secrets pour lesquels on avait obtenu une dispense de publication et de publicité de la célébration. La possibilité du mariage par procuration fut également abrogée, conséquence logique du nouveau principe admis. En ce qui concerne les empêchements du mariage, le Concile de Trente renouvelle la prohibition du mariage à l'égard des prêtres. Le Concile restreignit également la portée de l'empêchement fondé sur la parenté spirituelle et la *publica honestas*.

A l'égard du mariage des mineurs, il se refusa, malgré les vives critiques du pouvoir séculier, à exiger le consentement des parents, même au-dessous de 21 ans, mais, néanmoins, il renforça les mesures édictées contre le rapt et le mariage fut déclaré nul tant que la jeune fille enlevée était au pouvoir de son ravisseur. Nous verrons la jurisprudence française, pour faire concorder sur ce point la législation civile avec le droit canonique, admettre que les simples manœuvres dolosives employées pour amener la jeune fille à consentir un mariage malgré l'opposition de ses parents ferait naître un empêchement dirimant (théorie du rapt de séduction).

Telles sont les principales dispositions du Concile de Trente relatives au mariage, mais comme les canons de ce Concile ne furent pas reçus en France, c'est sous forme d'ordonnances royales que la réforme matrimoniale fut

rendue obligatoire en France. Nous voyons là la réapparition de l'influence du pouvoir séculier sur une matière entièrement abandonnée depuis le moyen âge à l'autorité religieuse.

Le Concile de Trente n'avait en rien changé les règles concernant les empêchements de *dispar cultus* et d'impuissance. Sur le premier point, la Bulle de Benoît XIV (9 février 1749) édicta que le mariage entre une juive et un protestant serait expressément nul, mais le droit canonique n'édicta aucun empêchement dirimant dans le cas de mariage entre un protestant et un catholique (mariage mixte).

Une constitution de Sixte-Quint, en 1587, fit de l'impuissance un empêchement d'ordre public dans un cas spécial (castration) ou l'annulation du mariage pouvait être prononcée d'office. Enfin, à cette époque, la jurisprudence des officialités établit comme mode de preuve la procédure du congrès, épreuve judiciaire devant des experts d'où devait résulter la démonstration expérimentale de l'impuissance. Cette procédure scandaleuse fut abolie en 1677, mais par le discrédit qu'elle jeta sur l'empêchement d'impuissance, elle contribua beaucoup à sa disparition dans le droit moderne français.

Il importe d'étudier maintenant comment la monarchie en vint progressivement, du xvr^e siècle jusqu'à la Révolution, à reprendre son pouvoir tant sur la législation que sur la juridiction en matière de mariage. Dans ce but, elle utilisa les théories nouvelles émises par les légistes sur la nature du mariage. L'Eglise, qui fit accepter l'idée de mariage-sacrement, ne détruisit pas complètement l'idée de mariage-contrat admise à cette époque, puisque, même après le Concile de Trente, elle fit de

l'échange des consentements un élément essentiel à sa célébration ; c'est pourquoi, au xvi^e siècle, les juriscultes séculiers s'attachèrent à faire réapparaître ce caractère contractuel, car il tendait à faire du mariage un acte relevant de la juridiction séculière. Le caractère contractuel du mariage prit une véritable prépondérance dans la doctrine civiliste depuis un arrêt du Parlement de 1677 rendu sur les conclusions conformes de l'avocat général Denis Talon. Au xviii^e siècle, la notion contractuelle s'applique non seulement aux conventions pécuniaires, mais au lien matrimonial lui-même : le contrat devient la base du mariage et si on ne nie pas le caractère sacramentel de celui-ci, on estime que le sacrement ne peut exister qu'autant que le contrat est valable ; le contrat est la matière du sacrement et l'existence du sacrement est subordonnée à la validité antérieure du contrat. (Très significative à cet égard, la lettre du chancelier Pont-Chartrain au premier président du Parlement de Besançon écrite le 3 septembre 1722¹.)

A partir du xvi^e siècle, l'action du pouvoir civil se fit sentir tant en matière juridictionnelle qu'en matière législative. En matière juridictionnelle, ce fut la théorie de l'appel comme d'abus qui permit aux Parlements, juridiction civile, d'intervenir dans les procès relatifs à la validité des mariages considérés comme de la compétence des tribunaux ecclésiastiques. De plus, la non réception en France des décisions du Concile de Trente amena l'élaboration d'une série d'ordonnances royales ; celles-ci, sans tenir compte des canons de l'Eglise, édictèrent cependant des mesures analogues et prescrivirent la tenue des registres d'état civil par les curés. C'est ainsi que l'ordonnance de Blois de 1579 réglementa les publi-

1. Lefebvre, *Le lien du mariage*, p. 142 et suiv.

cations de mariage, que toute une série d'autres ordonnances (celle de 1606, celle de Blois en 1639, l'édit de mars 1697, la déclaration du 17 juin 1697), d'accord sur ce point avec l'Eglise, intervinrent pour prohiber les mariages clandestins.

Le pouvoir royal en vint même jusqu'à édicter de véritables empêchements dirimants en dehors du droit canonique ; il déclare privé d'effets civils le mariage des mineurs de 25 ans contracté sans le consentement des parents (sur ce point d'ailleurs les canonistes gallicans firent concorder le droit canonique par la théorie du rapt de séduction dont nous avons parlé) ; il en fut de même pour les mariages secrets, les mariages *in extremis*, les mariages des condamnés à mort (ordonnance de 1639), tous valables aux regards du droit canonique.

Le développement du culte protestant fournit également un prétexte à l'autorité royale pour intervenir au sujet du mariage ; jusqu'en 1680, les protestants, pour qui, suivant la doctrine de Luther, le mariage n'est pas un sacrement, mais n'en reste pas moins un acte religieux, conclurent leurs unions matrimoniales devant les ministres des cultes autorisés par les dispositions de l'édit de Nantes. Les règles séculières de cette institution ne sont pas reconnues légitimes par eux sur plusieurs points, en particulier celui de l'admission du divorce et de l'abolition des empêchements dirimants de vœu solennel de chasteté et de prêtrise. Louis XIV, par l'édit de novembre 1680, prohiba le mariage entre protestants et catholiques sous peine expresse de nullité, mais le mariage restait encore possible entre protestants. Cet état de choses fut considérablement aggravé bientôt par la révocation de l'édit de Nantes (édit d'octobre 1685), dont

le résultat fut de faire disparaître la qualité officielle de protestant et l'édit ne permit la célébration des mariages que faite par les curés d'autant plus nécessairement que les pasteurs devaient être expulsés. Ces règles nouvelles provoquèrent une grande résistance parmi les protestants et beaucoup d'entre eux, plutôt que de recourir au ministère des prêtres catholiques, après une abjuration feinte, contractèrent des unions clandestines au risque de n'entraîner aucun effet civil (mariages au désert).

Enfin, à la veille de la Révolution, l'édit du 28 novembre 1787, pris par Louis XIV sous l'influence de Malesherbes, qui autorisa le rétablissement du culte protestant en France, rendit facultative la compétence du juge en matière d'état civil à l'égal de celle du curé et pour les protestants à l'égard du mariage où l'autre pouvait recevoir la déclaration de mariage et prononcer ensuite en présence des parties qu'elles sont unies en légitime et indissoluble mariage, ces déclarations devant être inscrites sur les registres de preuve (art. 18). De plus, la juridiction sur ces mariages était déférée aux juges royaux (art. 29).

Nous voyons ici une première ébauche d'organisation d'un mariage devant un officier d'état civil laïc, d'un mariage considéré comme valable indépendamment de toute célébration religieuse. Ce qui n'est ici que chose exceptionnelle usitée seulement à l'égard des protestants deviendra bientôt règle générale de droit civil en France. Ce fut l'œuvre de la Révolution sécularisatrice du mariage ; nous arrivons ainsi à la période intermédiaire, dernière étape avant l'apparition du Code civil.

§ 3. — PÉRIODE INTERMÉDIAIRE (OU RÉVOLUTIONNAIRE).

L'organisation du mariage civil ne fut, pendant la Révolution, qu'une construction très succincte et en quelque sorte provisoire en attendant l'élaboration d'un Code civil général et plus détaillé sur cette constitution.

L'Assemblée constituante se borna à poser le principe du mariage civil indépendant du pouvoir religieux. « La loi ne considère le mariage que comme contrat civil. Le pouvoir législatif établira pour tous les habitants, sans distinction, le mode par lequel naissances, mariages et décès seront constatés et il désignera les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes. » (Loi du 28 août 1791.) La Constitution du 3 septembre 1791 pose de nouveau le principe de sécularisation du mariage. L'Assemblée législative, par la loi du 20 septembre 1792, relative aux actes d'état civil et attribuant aux municipalités la tenue de ces actes, réglementa le mariage au titre IV ; mais alors que les sections 2, 3 et 4 de ce titre IV consacrées aux publications, oppositions et formalités de la célébration sont fort complètes, la section première : « Qualités et conditions pour pouvoir contracter mariage » ne comprend que treize articles se rapportant aux matières de nos deux chapitres du Code traitant des empêchements et des nullités. Le législateur, en effet, s'était montré beaucoup moins exigeant que l'ancien droit et même que le droit actuel sur les empêchements de mariage, et tout à fait insuffisant sur l'organisation de leur moyen de sanction, la nullité. Seuls cinq empêchements de fond sont énoncés, dans l'ordre suivant :

ARTICLE 1. — Le défaut d'âge requis fixé à 15 ans

révolus pour les garçons et 13 ans pour les filles.

ART. 3 à 9.— Le défaut de consentement des père et mère ou de la famille, lequel ne devait être exigé que jusqu'à 21 ans, âge de la majorité établi par cette loi.

ART. 10. — La bigamie.

ART. 11. — La parenté ou l'alliance en ligne directe, mais en ligne collatérale seulement la parenté au degré de frère et sœur.

ART. 12. — Le défaut de consentement des époux marqué en ces termes : « Ceux qui sont incapables de consentement ne peuvent se marier. »

De ces textes il résulte une très importante réduction des nombreux empêchements dirimants de l'ancien droit ; aucune mention n'est faite des divers vices du consentement, violence ou erreur, ni relativement à l'existence d'empêchements prohibitifs quelconques. Il le mariage. En ce qui concerne la nullité, l'article 13 dit : « Les mariages faits contre la disposition des articles précédents seront nuls et de nul effet », sans aucune autre précision sur ce point. Enfin les règles de célébration posées dans la section 4^e n'étaient pas expressément formulées à peine de nullité.

Une section 3^e fut ajoutée à ce titre IV traitant du mariage ; elle est relative au rétablissement du divorce et débute par cet article : « Aux termes de la Constitution le mariage est dissoluble par le divorce. » Tandis que l'Assemblée constituante était en effet restée muette sur le point de savoir si l'indissolubilité absolue du mariage édictée par le droit canonique devait subsister dans la loi civile, l'Assemblée législative s'était prononcée en faveur du divorce et une autre loi datant du même jour

(20 septembre 1792) que celle dont nous venons de parler, organisa cette institution. Tout d'abord la séparation de corps est abolie : « A l'avenir aucune séparation de corps ne pourra être prononcée, les époux ne pourront être désunis que par le divorce. »

Quant aux cas de divorce, ils sont basés sur ce principe que l'institution du divorce n'est pas considérée par le législateur de l'époque comme un remède de désunion entre époux, mais « comme application de la donnée de contrat et comme garantie de liberté individuelle ¹ ».

Trois hypothèses sont envisagées : d'abord le divorce pour causes déterminées supposant un manquement de la part de l'autre conjoint aux obligations qui naissent pour lui du mariage. Les causes prévues sont au nombre de sept : la condamnation de l'un des époux à des peines afflictives ou infamantes, les crimes, sévices et injures graves de l'un des époux à l'égard de l'autre (causes maintenues dans notre Code civil), le « dérèglement de mœurs notoires », correspondant à notre cause actuelle d'adultère, puis l'abandon d'un époux par l'autre pendant au moins deux ans, l'absence sans nouvelles pendant cinq ans, la folie survenue chez l'un des époux et l'émigration (à cette dernière cause on ajouta d'ailleurs pendant la Terreur, l'aristocratie et l'incivisme). En cas de contestation sur les causes alléguées le litige était tranché, non pas par les tribunaux de droit commun, mais par des arbitres de famille (§ 2 art. 18).

En deuxième lieu, la loi de 1792 prévoyait le divorce par consentement mutuel conçu très largement comme application du principe contractuel de *mutuus dissensus*. Pour parvenir au divorce les époux devaient recourir

1. Lefèbvre, *Le lien du mariage*, p. 284.

cependant à certaines formalités, en particulier la convocation d'un conseil de famille ; un certain délai leur était imparti pour qu'il puissent rompre leur union (deux mois), délai doublé s'ils étaient mineurs ou avaient des enfants.

Un troisième cas de divorce prévu rétablit en réalité le *repudium* de l'ancienne Rome, c'est le divorce obtenu par l'un des époux sur « la simple allégation d'incompatibilité d'humeur ou de caractère » (§ 2 art. 8 et suiv.). Juridiquement cette hypothèse dépassait même la notion de mariage simple contrat « puisqu'il n'y avait ni accord des deux époux pour dissoudre le mariage, ni manquement de l'un d'eux pour expliquer le divorce comme une action en résolution¹ ».

Notons enfin que la loi permettait aux époux divorcés de se remarier entre eux sans aucun délai, alors que pour se remarier avec tout autre il fallait, en cas de divorce par consentement mutuel ou basé sur l'incompatibilité, attendre le délai d'un an (art. 2).

Cette législation, qui détruit presque entièrement la savante organisation sur le mariage existant à la fin de l'ancien régime, resta en vigueur jusqu'à la promulgation du Code civil qui, s'il maintint le principe de sécularisation du mariage, chercha à se rapprocher des conceptions du droit canonique. Il augmenta donc les causes d'empêchements dirimants, que le droit révolutionnaire avait presque réduites à néant, et rétablit la séparation de corps. Si l'institution du divorce fut conservée, même sous la forme de divorce par consentement mutuel, par contre le divorce pour incompatibilité d'humeur

1. Lefèbvre, *Le lien du mariage*, p. 287.

fut supprimé et les causes de divorce par manquement aux devoirs conjugaux réduits à trois (la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive ou infamante, l'adultère, les excès, sévices ou injures graves d'un conjoint envers l'autre). Le divorce disparut d'ailleurs de nouveau avec la Restauration pour réapparaître en 1884 avec la loi Naquet, mais sous la seule forme de divorce pour les causes déterminées que nous avons vues ¹.

1. Sur tout ce chapitre, voir Brissaud, *Cours d'histoire générale du droit français*, t. II; Esmein, *Le mariage en droit canonique*, 2 vol.; Lefèbvre, *Cours de doctorat sur l'histoire du droit matrimonial français. Introduction, Le lien du mariage*, 2 vol.; Meynial, *Cours d'histoire du droit privé français*, 1927-1928.

CHAPITRE III

Notions de droit comparé sur le mariage et ses modes de dissolution

Nous allons maintenant examiner succinctement le mariage et ses modes de dissolution dans certaines législations étrangères en étudiant d'ailleurs plus particulièrement la question des causes de nullité et des causes de divorce.

§ I. — PAYS ANGLO-SAXONS

I. — *Grande-Bretagne (Angleterre et Ecosse)*

A l'égard de la *Grande-Bretagne*, il nous faut envisager deux législations un peu différentes sur cette matière ; celle de l'Angleterre et celle de l'Ecosse.

En ce qui concerne l'*Angleterre*, notons tout d'abord que le mariage n'est pas rangé dans la catégorie des actes juridiques que l'on appelle les contrats, remarque intéressante à une époque où, même en France, la notion du mariage-contrat est vivement controversée en doctrine. Pour les Anglais, en effet, c'est une convention créatrice de droit qu'ils classent dans la famille des statuts à l'instar de l'engagement militaire et du trust. Si, disent les Anglais, on est libre de se marier ou non, en se mariant on se soumet à une série d'obligations qui ne

sont pas déterminées, par la volonté des parties, mais qui résultent de la coutume et de la loi, on entre dans le statut des personnes mariées.

Les formes de célébration du mariage sont réglées par un acte de 1836, dû à lord John Russell : plusieurs sont possibles : le mariage religieux anglican, célébré à l'église anglicane par un ministre du culte anglican, ou bien le mariage célébré par le « registrar », correspondant à notre officier d'état civil ; la cérémonie peut alors avoir lieu, ou bien dans le bureau du « registrar » et dans ce cas le mariage est purement civil, ou bien dans un des édifices culturels « enregistrés » du district, et les cérémonies religieuses de la religion usitée s'ajoutent alors à l'acte civil. Mais pour que le mariage soit valable aux yeux de la loi civile, il faut que l'échange des consentements ait lieu en présence d'un « registrar » assisté de deux témoins.

En ce qui a trait aux conditions de validité du mariage, la loi anglaise, outre le consentement des parties, exige l'âge de quatorze ans pour les garçons, douze ans pour les filles (certains canonistes tels que Buron ont même soutenu qu'un mariage n'est radicalement nul que si l'un des époux a moins de sept ans) ; de plus le consentement du père, ou à défaut, de la mère survivante ou du tuteur, est requis pour tout mariage contracté par un mineur de 21 ans, à moins qu'il ne s'agisse de secondes noces.

Les empêchements de mariage visent d'abord l'interdiction de contracter une deuxième union avant la dissolution de la première ; la prohibition de mariage pour cause de parenté ou d'alliance, en ligne directe à l'infini, et en ligne collatérale jusqu'au troisième degré. Les

aliénés sont enfin privés du droit de contracter mariage.

Il est également édicté un certain nombre de cas de nullité, visant les vices de célébration, la clandestinité de l'union. Sont en particulier entachés de nullité les mariages célébrés par suite de déclarations fausses et faites de mauvaise foi par les futurs conjoints.

L'époux dont le consentement a été obtenu par fraude ou violence peut demander la nullité du mariage. Mais le mariage est définitivement validé si ledit époux consent à continuer la vie commune après la cessation des causes qui ont vicié son consentement.

L'impuissance du mari antérieure au mariage est également une cause de nullité absolue (nullité basée sur le droit canonique) ; si elle ne survient que pendant le mariage, elle n'en altère point la validité. L'annulation ne peut être prononcée par le juge qu'après trois années de cohabitation à moins que l'impuissance ne résulte d'une difformité organique de nature à supprimer toute incertitude.

Lorsque l'un des conjoints ou tous les deux n'avaient pas l'âge légal lors de la célébration, il leur est possible au moment où ils y parviennent de se dédire ; leur silence équivaut à ratification et empêche toute demande ultérieure de nullité, quant à l'absence de consentement des parents ce n'est pas une cause d'annulation sauf cas d'opposition préalable contre laquelle il aurait été passé outre. Les mariages contractés entre personnes parentes, alliées au degré prohibé sont nuls *ab initio*, sans que cette nullité puisse être couverte ; il en est évidemment de même à l'égard du mariage des personnes en état d'aliénation mentale ou encore engagées dans les liens d'une union antérieure.

Contrairement à ce que nous voyons dans la législation des autres Etats, le mariage nul ne peut produire en principe, aucun effet, même à l'égard des enfants ou d'un conjoint de bonne foi, car la théorie du mariage putatif n'a pas été admise.

Le mariage qui disparaît donc en cas de jugement d'annulation, peut aussi se dissoudre par la mort de l'un des conjoints, par le divorce organisé, par le « divorce act » du 28 août 1857. Le divorce ne peut être prononcé que pour une seule cause : l'adultère. Mais ici une distinction est faite : s'il s'agit de la femme, le fait en lui-même suffit. Il faut au contraire que l'adultère du mari soit accompagné de certaines circonstances aggravantes : bigamie, inceste, crime contre nature, cruauté (*gross cruelty*), abandon sans motifs pendant deux ans (loi de 1857, sect. 27). Constitue une « *gross cruelty* », l'action ou une série d'actions rendant la vie commune dangereuse ou pouvant faire naître une légitime appréhension qu'elle le deviendrait. La « *gross cruelty* » existerait aussi quand le mari refuserait d'une façon persistante à sa femme le confort auquel elle aurait droit, selon la condition et la fortune des époux, où lorsque son état de maladie mentale ferait craindre de sa part des violences graves. La question de « *gross cruelty* » correspond donc presque avec l'expression française de sévices ou mauvais traitements, mais les injures, mêmes violentes (*mere insults*), ne constituent pas une « *cruelty* ». Cependant, certains graves outrages verbaux, certaines injures, seraient une « *cruelty* ».

La séparation de corps, existant parallèlement au divorce s'obtient plus facilement que lui ; quatre cas sont prévus : l'adultère, l'abandon sans motifs pendant deux

ans au moins, la « gross cruelty » et les crimes contre nature. Mais les violences de langage ne seraient pas considérées comme pouvant servir de fondement en séparation ; de même la loi n'admettrait pas la séparation par consentement mutuel et sous prétexte que la vie commune est devenue insupportable.

Arrivons maintenant à l'Ecosse, cet autre pays de la Grande-Bretagne, où la législation reconnaît deux sortes de mariages : ceux dits réguliers, célébrés devant un membre du clergé reconnu, en présence de deux témoins, et après publication de bans, et ceux qualifiés d'irréguliers ou clandestins, qui sont des mariages célébrés par un prêtre n'appartenant pas à une corporation religieuse reconnue, ou par un laïque usurpant sans droit la qualité de ministre du culte, ou devant un magistrat ou simplement devant des témoins quelconques ou même moyennant une reconnaissance écrite des parties de donner leur consentement actuel de se prendre pour mari et femme. Ils se rapprochent singulièrement du mariage purement consensuel *per verba de præsenti* admis en droit canonique jusqu'au Concile de Trente. Cependant une déclaration devant témoins ou un écrit est toujours exigé et le mariage purement consensuel ne serait pas licite. Mais lorsqu'une simple promesse de mariage, dûment constatée, notamment par un acte écrit, a été suivie de cohabitation et qu'en fait le mariage projeté a été consommé, on admet, en Ecosse, que chacune des parties a le droit de s'adresser aux tribunaux pour faire constater qu'en réalité, il y a eu mariage ; en effet, « si en matière de mariage proprement dit, la loi ne se préoccupe pas de savoir, une fois qu'il a été célébré, s'il a été consommé ou non (*consensus non concubitus facit matri-*

monium), par contre, en matière de fiançailles, où la cohabitation immédiate ne saurait se présumer, si elle est prouvée, la loi présume que les parties étaient actuellement consentantes au mariage, pourvu que les fiançailles et cohabitation aient eu lieu en Ecosse. La possession d'état d'époux (*marriage by habit and repute*) jointe à la cohabitation équivaut à un mariage, si elle a lieu en Ecosse ¹. »

Au point de vue des empêchements de mariage, notons qu'en Ecosse peuvent contracter mariage toutes les personnes légalement capables de consentir, non encore mariées, et non parentes ou alliées au degré prohibé (à l'infini en ligne directe, en ligne collatérale, à l'infini pour les collatéraux *in loco parentis*, comme les oncles, et jusqu'au deuxième degré pour les autres). Sont réputés incapables de consentir les garçons au-dessous de quatorze ans, les filles au-dessous de douze ans, et les aliénés. En cas de divorce pour adultère, le mariage est interdit entre l'époux coupable et son complice. Enfin l'impuissance est une cause d'annulation à la requête de chacun des époux, mais non une cause de nullité absolue a été contracté de bonne foi par l'une des parties, les enfants qui en sont issus avant l'annulation sont légitimes.

Tout comme l'Angleterre, l'Ecosse admet la possibilité de dissoudre l'union conjugale au moyen du divorce, et prévoit la séparation de corps. La loi écossaise reconnaît seulement comme causes de divorce, l'adultère et la « désertion malicieuse » du vieux droit ecclésiastique protestant, qui est une cause de divorce à condition

1. Fuzier-Hermann, *Répertoire général de droit français*, t. 27. Mariage, ch. 12; Législation comparée, n^{os} 1984 et 1985.

d'avoir obstinément persisté pendant quatre ans.

Quant à la séparation de corps elle est possible ou bien par consentement mutuel (by voluntary agreement) et dans ce cas, révocable au gré des deux parties, soit judiciaire (judicial separation), le jugement ayant pour effet de suspendre les droits réciproques des conjoints. La séparation judiciaire est prononcée pour les causes suivantes, plus nombreuses d'ailleurs que les causes de divorce :

- 1° Un danger pour la vie du demandeur ;
- 2° Une appréhension fondée de violences corporelles ;
- 3° Une existence rendue insupportable par la façon d'agir du défendeur ;
- 4° L'adultère.

II. — *Etats-Unis de l'Amérique du Nord.*

Franchissons maintenant l'Océan et voyons ce qu'est devenu le droit de la Grande-Bretagne transporté aux *Etats-Unis de l'Amérique du Nord*. Remarquons tout d'abord que le mariage, essentiellement matière de droit privé, n'est du domaine fédéral que dans une mesure restreinte ; le Congrès ne jouit guère du pouvoir législatif que les « territoires » et les lois fédérales en la matière sont peu nombreuses ; la plus importante est une loi du 3 mars 1887 (chap. 397) qui a pour but de supprimer la polygamie et le mormonisme sur tout le territoire de l'Union. Chaque Etat particulier est donc, en principe, libre de réglementer le mariage comme il le veut, ce qui amène une grande diversité de législation sur cette matière, et il serait fastidieux d'examiner les lois de chaque Etat. Il est admis dans les divers Etats qui ont leurs statuts propres, que la « common law » anglaise a gardé

force de loi s'il n'y a pas été dérogé par les statuts locaux.

En vertu de ce principe, le libre consentement des parties est considéré comme l'élément essentiel du mariage à défaut duquel celui-ci serait nul. Quant à la célébration du mariage, les statuts en général permettent le libre choix entre le mariage à forme religieuse et le mariage civil.

« Est réputé ne pas avoir consenti l'époux dont le consentement est entaché de fraude, d'erreur ou violence, (fraud error duress). La violence (duress) s'entend non seulement des voies de fait matérielles, mais encore de la crainte inspirée par des menaces sérieuses relatives à la vie, à la santé, ou à la liberté. L'erreur qui vicie le consentement est l'erreur sur l'identité ou sur la condition de la personne. Une erreur sur les qualités morales, sur la position sociale ou sur la fortune ne serait pas une cause de nullité. On attache en Amérique une importance particulière à ce que le consentement ne soit pas vicié par une cause d'aliénation mentale, permanente ou temporaire (*insane or distracted*). » D'après la « common law » il faut pour pouvoir contracter mariage que les garçons aient quatorze ans révolus, les filles douze (age of consent). Mais divers statuts locaux ont posé des limites plus élevées.

Quant aux empêchements de mariage proprement dits, ce sont, outre l'interdiction de la bigamie ceux relatifs à la parenté ou à l'alliance (mariage interdit partout entre les parents en ligne directe, soit légitimes, soit naturels ; pour les collatéraux, la règle varie suivant les Etats, dès qu'on dépasse le degré de frères et sœurs).

1. Fuzier Hermann, *Répertoire général de droit français*, t. XXVII, Mariage, chap. XII, *Législation comparée*, n° 1816 et suiv.

En ce qui concerne le défaut de consentement des parents ou tuteurs à l'égard des mineurs, cet empêchement est d'ordinaire simplement prohibitif et l'absence de consentement ne porte aucune atteinte à la validité du mariage célébré.

L'impuissance enfin est un empêchement dirimant en ce sens qu'après trois années de vie commune, elle autorise à demander l'annulation du mariage.

Cette notion d'empêchement dirimant faisant tomber en quelque sorte le mariage n'est pas bien comprise aux Etats-Unis et, signe évident de la relation profonde existant entre l'annulation de mariage et le divorce, la jurisprudence ne distingue pas nettement ces deux institutions ; l'une et l'autre se confondent dans la notion générale de la dissolution judiciaire du lien conjugal, les empêchements dirimants sont considérés comme des causes de rupture remontant au jour de la célébration sans préjudice des causes qui peuvent surgir ultérieurement.

Le droit américain distingue cependant les mariages inexistants (void) pour la mise à néant desquels il n'est pas besoin d'engagement, des mariages pour lesquels l'annulation résultera d'une sentence judiciaire (voidable) ; rentrent dans la première catégorie, en particulier, le cas de mariage célébré au mépris d'une union antérieure non dissoute ou avec une personne privée de sa raison (cas d'absence de consentement), toutefois dans cette seconde hypothèse, certains Etats ne voient pas là un mariage inexistant.

La notion de mariage putatif est étrangère au droit américain tout comme au droit anglais, et cela malgré la

confusion juridique que nous avons signalée.

Quant aux causes de dissolution de l'union conjugale pour un fait postérieur à sa célébration, qui sont des causes de divorce proprement dit, la plus importante est l'adultère, reconnue dans presque tous les Etats sans aucune différence de condition entre le mari et la femme. Sur ce terrain les causes varient à l'infini selon les Etats. Citons en particulier les sévices (*cruelty*). Il s'agit ici d'une cause de divorce née en droit anglais et comprise en Amérique avec le même développement, sous la seule différence qu'en Angleterre elle n'est pas à elle seule une cause de divorce, mais seulement une cause de séparation de corps, institution d'ailleurs inconnue dans la plupart des Etats. Remarquons la législation extrêmement large en faveur du divorce qui règne dans le Connecticut et l'Illinois, où la loi permet de dissoudre un mariage en l'absence de l'une quelconque des causes expressément prévues si les motifs allégués paraissent déterminants.

Notons enfin que la séparation de corps, qualifiée aux Etats-Unis « partial divorce », est inconnue dans nombre de législations et que dans certains Etats les tribunaux ont toujours le droit de prononcer, au lieu du divorce proprement dit, une simple séparation de corps perpétuelle ou temporaire.

§ 2. — PAYS GERMANIQUES

I. — *Allemagne*

En *Allemagne*, jusqu'à la fin du XVIII^e siècle, la législation n'était pas unifiée dans l'Etat fédéral et le mariage, en conséquence, était soumis à des règles variant

suyvant les différents Etats de la confédération. La première loi générale sur cette matière est la loi d'Empire du 6 février 1875, dont les dispositions passèrent en partie dans le Code civil allemand de 1900.

En ce qui concerne la célébration, celle-ci doit être précédée de publications et le mariage doit être contracté devant un officier d'Etat compétent, officier d'état civil, qui est un fonctionnaire laïque. Comme condition d'âge, le Code civil (art. 1303) a fixé l'âge de nubilité à 21 ans pour l'homme, 16 ans pour la femme, mais il déclare apte à se marier l'homme majeur, et comme la majorité peut être acquise à dix-huit ans, au moyen d'une déclaration dans ce sens, sorte d'émancipation, il en résulte qu'à cette condition un Allemand peut se marier à dix huit ans.

D'autre part, d'après l'article 1304 : « quiconque ne jouit que d'une capacité juridique restreinte (inder Geschäftsfähigkeit beschränkt) ne peut se marier qu'avec l'autorisation de son représentant légal ».

A l'égard de l'empêchement résultant de la parenté et de l'alliance le mariage est interdit :

1° Entre parents et alliés en ligne directe et entre frères et sœurs ;

2° Entre personnes dont l'une a eu des relations intimes avec ses père et mère, ascendants ou descendants de l'autre (art. 1310).

Il existe également un empêchement résultant des liens de l'adoption entre l'adoptant et l'adopté et ses descendants (art. 1311) ; un autre entre le conjoint divorcé et son complice lorsque l'adultère fut la cause du divorce, sauf dispense possible (art. 1312) ; de même, interdiction pour la veuve de se remarier dans les dix

mois de la dissolution ou de l'annulation du premier mariage, à moins d'être accouchée dans l'intervalle ; mais ici encore une dispense peut intervenir (art. 1313).

Le Code civil allemand réglemente aussi la célébration du mariage qui, faite devant un officier de l'état civil compétent, en présence de deux témoins, doit être, comme en France, précédée de publications (aufgebot).

Le Code distingue ensuite très nettement le mariage inexistant (nichtigkeit) et le mariage frappé d'annulabilité (anfechtbarkeit) correspondant à peu près à la distinction faite dans notre Code entre le mariage vicié d'une nullité absolue et celui vicié d'une nullité relative.

Le mariage « *nichtig* » est à considérer comme n'ayant jamais eu lieu ; le mariage annulable est au contraire atteint d'un vice qui est pris en considération seulement s'il est invoqué par celui auquel la loi le permet.

1° Le premier cas de mariage « *nichtig* » vise la non-observation des formes prescrites pour sa célébration (art. 1317), sauf réhabilitation exceptionnelle de ce mariage ; après possession d'état d'époux pendant dix ans ou pendant trois ans jusqu'au décès du premier mourant (art. 1324).

2° Le Code allemand voit une autre cause d'inexistence du mariage dans le fait qu'au moment de la célébration du mariage, l'un des conjoints était privé de la capacité de contracter (geschäftsunfähig), ou se trouvait dans un état d'inconscience. (bewusstlosigkeit) ou de trouble mental passager ; mais une ratification peut intervenir et l'union est dès lors valable par l'intervention de l'époux dont la volonté devenue saine n'avait pas été exprimée à l'origine (art. 1325) ; c'est une guérison de l'inexistence. (seilung der nichtigkeit).

3° Un mariage est nul lorsque, au moment de la célébration, l'un des époux était engagé avec un tiers dans les liens d'une union valable (art. 1326).

Même solution dans le cas de mariage conclu entre parents ou alliés au degré prohibé (art. 1327) ou entre l'époux adultère et son complice, sauf obtention d'une dispense (art. 1328).

Dans presque toutes ces hypothèses, tant que le mariage n'a pas été déclaré inexistant ou dissous, la non-existence ne peut être invoquée que par la voie d'action en non-existence (art. 1329). Cette action peut être intentée par le ministère public, ou par l'un des époux.

Etudions maintenant les mariages simplement annulables. Les cas prévus, plus nombreux et conçus dans un esprit plus libéral qu'en France, peuvent être ramenés à cinq :

Premier cas : Un mariage est susceptible d'annulation (anfechtbar) à la requête de celui de l'époux qui lors de la célébration ou, dans le cas de l'article 1325, lors de la confirmation, n'avait qu'une capacité juridique restreinte, si la cohabitation ou la confirmation a eu lieu sans le consentement d'un représentant légal (art. 1331).

Deuxième cas : Un mariage est susceptible d'annulation à la requête de celui des époux qui lors de la célébration ne savait pas qu'il s'agissait d'un mariage, ou qui, le sachant, n'entendait pas déclarer sa volonté de le contracter (art. 1332).

Troisième cas : Un mariage est susceptible d'annulation à la requête de celui des époux qui, lors de la célébration, s'est trompé sur la personne, ou sur des particularités (eigenschaftén) personnelles de l'autre époux

telles qu'il n'aurait pas contracté s'il avait eu connaissance de l'état de choses et qu'il eût fait une appréciation raisonnable de l'essence du mariage (art. 1333).

Il s'agit ici de la grave question d'annulabilité pour erreur sur la personne, et la solution adoptée par le Code allemand est singulièrement plus large que celle du Code et de la jurisprudence français n'admettant que l'erreur relative à la personne physique ou civile, tandis qu'aux yeux de la jurisprudence allemande, l'erreur sur des qualités personnelles est suffisante comme par exemple dans le cas de la « supposition erronée d'un caractère pur » (*louterkeit des characters*), de vie dissolue d'une femme, d'infécondité de celle-ci, ce qui, en France, ne pourrait servir tout au plus que de causes de divorce. Cette disposition relative à l'erreur sur les qualités de la personne était déjà inscrite dans le *landrecht* prussien (art. 1, § 40) et dans le Code saxon (art. 1595 et 1596). Elle avait été rejetée dans le projet primitif du Code civil par la raison, disait l'exposé des motifs, « que permettre d'attaquer un mariage pour cause d'erreur de l'une des parties sur les qualités ou conditions qualifiées d'essentielles serait déroger à la règle générale inscrite à l'article 102 dudit projet en vertu de laquelle une erreur dans les motifs déterminants est sans influence sur la valeur de l'acte juridique ». Mais cet article 102 ayant été supprimé dans le deuxième projet, et dans le texte définitif du Code, on a modifié également les conséquences qu'il entraînait sur l'erreur en matière de mariage.

Quatrième cas : L'article 1334 du Code vise le cas de manœuvres dolosives employées pour tromper l'un des futurs conjoints. « Un mariage peut être annulé à la

requête de l'époux qui a été induit par des tromperies volontaires (*durch arglistige Täuschung*) à le contracter dans les circonstances où, s'il eut connu la vérité, et en tenant compte avec réflexion de l'essence du mariage, il se serait abstenu de passer outre à la célébration. L'annulation ne peut être demandée à raison d'indications fausses sur la fortune. » (Article 1334.) Cette dernière phrase, introduite seulement dans le texte postérieurement à la deuxième lecture, a pour but de restreindre la portée dolosive que l'on pourrait donner à ce cas d'annulation.

Cinquième cas : Un mariage peut être annulé à la requête de celui des époux qui a été induit illégalement à le contracter sous l'empire de menaces (art. 1335).

Notons pour terminer cette question que le Code allemand ignore le bénéfice du mariage putatif si favorable à l'époux de bonne foi et aux enfants nés de l'union frappée d'annulation.

La question de la rupture de l'union conjugale par le divorce ou la séparation de corps a fait l'objet de nombreuses difficultés lors de la confection du Code civil allemand. En 1888, lors de la première lecture, le projet du Code civil renfermait un chapitre intitulé « Divorce et séparation de corps » (art. 1440 et suiv.), les causes de divorce étant divisées en causes absolues et relatives. Les premières (adultère avec les faits assimilés, l'attentat à la vie et l'abandon du domicile conjugal pendant une année au moins prévus par les articles 1441 à 1443), entraînaient par leur constatation le divorce de droit, tandis que les secondes (sévices, injures, une condamnation pour crime, refus du devoir conjugal), ne pouvaient justifier qu'une demande en séparation de corps, le juge

ne devant prononcer le divorce *de plano* qu'en présence d'une gravité **exceptionnelle** de faits rendant impossible tout espoir de réunion éventuelle des époux.

Dans la deuxième lecture du projet, en 1894, la séparation de corps a disparu, le juge pouvant seulement suspendre temporairement l'action en divorce ; d'autre part, comme en 1888, le principe est maintenu que le mariage ne peut être rompu, ni par consentement mutuel, ni pour cause d'incompatibilité d'humeur, de maladie corporelle ou de changement de religion.

Enfin dans le texte définitif adopté en 1896, le chapitre est intitulé simplement « divorce », mais en fait la séparation de corps est rétablie, car il est décidé : « L'époux qui aurait le droit de demander la rupture du lien conjugal peut aussi ne demander que la suppression de la communauté conjugale » (Die aufhebung der ehelichen Gemeinschaft) ¹.

Les causes de divorce définitivement prévues sont :

1° L'adultère ou l'un des crimes qui y sont assimilés (bigamie, acte contre nature), à moins que l'autre époux n'ait consenti ou participé à l'infraction (art. 1365) ;

2° L'attentat à la vie (art. 1566) ;

3° L'abandon malicieux, continué pendant un an à partir d'un jugement qui enjoignait à l'époux fugitif de réintégrer le domicile conjugal ou d'une sommation judiciaire faite audit époux dans les conditions prévues par la loi (art. 1567) ;

4° Un grave manquement aux devoirs découlant du mariage, ou une conduite deshonnête ou immorale ayant

1. Sur cet exposé historique, voir Fuzier-Hermann, *Répertoire général de droit français*, t. XVII, Divorce, chap. IX, *Droit comparé*, n° 4787 et suiv.

assez profondément atteint le lien conjugal pour qu'on ne puisse attendre de l'époux innocent qu'il consente à continuer la vie commune ; des sévices graves, notamment, sont considérés comme un semblable manquement aux devoirs (art. 1568).

Ce cas de divorce prévu par le Code allemand correspond en quelque sorte à la « cruelty » du droit anglo-américain et aux excès, sévices et injures graves du Code civil français ; en effet on applique cet article 1568 dans de nombreuses hypothèses où la jurisprudence française voit également une injure grave. Par exemple refus persistant et volontaire de consommer le mariage, refus persistant du mari de recevoir sa femme, refus de consentir à la célébration religieuse du mariage promise avant celui-ci, hypothèses non prévues expressément en Allemagne et en France comme causes de divorce.

Un troisième cas de divorce vise « l'aliénation mentale ayant duré pendant le mariage trois ans au moins, et arrivée à un point qui exclut à la fois toute communauté intellectuelle entre les époux et toute perspective de guérison ». (Art. 1569.) Il importe de rapprocher ce cas de divorce d'une part, de la cause de nullité du mariage dans l'hypothèse d'aliénation mentale lors de la célébration, et citée précédemment, et d'autre part, du Code suisse où la folie incurable entraîne aussi le divorce.

Ces diverses causes de divorce se rapprochent de celles existant antérieurement dans les Codes particuliers de certains Etats de l'Allemagne qui admettaient le divorce depuis l'apparition du protestantisme. Dans ces Etats les causes spécialement envisagées étaient l'adultère, la

désertion du foyer domestique (bössliche Verlassung), le refus persistant du devoir conjugal, les sévices, l'attentat à la vie et une condamnation à une peine infamante privative de la liberté. Le Landrecht prussien prévoit plus de dix cas de divorce les plus divers, il admet en particulier comme cause le fait de se dérober avec persistance au devoir conjugal (art. 694 et 695), puis ajoute : « Une impuissance complète et incurable à l'accomplissement du devoir conjugal, qui s'est produite pendant le mariage donne également droit au divorce. » (Art. 696.) « Des infirmités corporelles qui inspirent dégoût ou répugnance et qui empêchent l'accomplissement du devoir conjugal donnent les mêmes droits. » (Art. 697.)

Le Landrecht prussien autorise même le divorce par consentement mutuel pourvu qu'il n'y ait pas d'enfants issus du mariage ou de contrainte exercée par l'un des époux sur l'autre (art. 716 à 718).

Notons à cet égard que de même, en Suède, l'impuissance ou la stérilité absolue est une cause de divorce, comme d'ailleurs dans l'ancien droit impérialiste russe, stipulant qu'au bout de trois ans de ménage, l'impuissance ou la stérilité pouvait servir de fondement à une action en divorce à condition qu'elle soit congénitale ou du moins antérieure au mariage.

II. — Autriche et Hongrie

Envisageons maintenant la législation d'un pays voisin de l'Allemagne, celle de l'Autriche : « Le mariage, dit le Code civil autrichien, est la base des relations de famille. En contractant mariage, deux personnes de sexe différent déclarent conformément à la loi, leur volonté

de vivre en une indissoluble communauté, de procréer des enfants, de les élever et de se prêter une assistance réciproque. » (Art. 44.) Le mariage, quant à sa célébration se présente sous deux formes : le mariage religieux célébré devant un ministre du culte, applicable à l'égard des catholiques ou des protestants, et le mariage purement civil prévu comme institution subsidiaire par la loi du 25 mai 1868, alors que le Code ne prévoyait auparavant que le premier mode de célébration. Les fous furieux, les aliénés, les idiots et les mineurs non encore parvenus à l'âge de discernement (unmündige), sont hors d'état de contracter mariage valablement (art. 48), ce qui, quant à l'âge, revient à dire qu'on ne peut se marier avant l'âge de 14 ans révolus (art. 21) ; quant aux mineurs de 14 à 24 ans ils doivent obtenir le consentement de leur père légitime.

Voici maintenant les causes qui vicient le consentement :

1° Le consentement au mariage est vicié lorsqu'il a été obtenu sous l'empire d'une crainte justifiée. Le fait de savoir si la crainte était justifiée ou non s'apprécie en tenant compte de la grandeur et de la vraisemblance du danger et de la complexion physique et morale de la personne menacée (art. 55). Cette dernière disposition rappelle l'article 1112 du Code civil français visant la violence comme vice des contrats, disposition d'ailleurs inapplicable en cas de vice de consentement à mariage.

2° Le consentement est également vicié quand il émane d'une personne enlevée et qui n'a pas recouvré sa liberté (art. 56).

3° L'erreur ne vicie le consentement que si elle porte sur la personne même du futur époux (art. 57). Lorsque après le mariage, le mari trouve sa femme enceinte des

œuvres d'un autre, il peut, en principe, demander l'annulation du mariage (art. 58). Toutes autres erreurs des époux et les mécomptes qu'ils peuvent éprouver quant aux conditions visées ou acceptées ne sont pas des causes d'annulation du mariage (art. 59).

L'impuissance permanente est un empêchement au mariage quand elle existait déjà à l'époque de la célébration, mais l'impuissance, même incurable, survenues postérieurement au mariage ne sont pas des causes d'annulation (art. 60). Il résulte d'un décret du 23 février 1837, que l'impuissance dont il est question est celle qui met obstacle à la célébration, abstraction faite de la question de savoir si la cohabitation peut avoir ou non pour conséquence la naissance d'enfants.

L'article 100 déclare : « Dans le cas où l'un des conjoints accuserait l'autre d'impuissance complète et antérieure au mariage, le fait devra être prouvé par un rapport d'experts, et par des médecins et chirurgiens expérimentés, et, selon les circonstances, par des sages-femmes. » S'il y a doute de la question de savoir si l'impuissance est permanente ou simplement temporaire, les époux doivent être astreints à passer encore une année ensemble ; la nullité du mariage doit être prononcée à l'expiration de ce délai, si l'impuissance a persisté (art. 102).

Le Code autrichien exigeant évidemment la monogamie, l'existence d'un précédent mariage non dissous constitue un empêchement (art. 62). Les ecclésiastiques qui ont reçu les ordres supérieurs et les religieux des deux sexes qui ont fait vœu de chasteté ne peuvent valablement contracter mariage (art. 63). Les chrétiens ne peuvent se marier avec des non-chrétiens (art. 64). Le

mariage est interdit entre parents et alliés à l'infini en ligne directe et jusqu'au degré de cousins germains compris en ligne collatérale (art. 65 et 66). Il est également interdit entre deux personnes qui ont commis l'adultère ensemble, lorsque l'adultère a été établi avant la dissolution du précédent mariage (art. 67). Il l'est enfin, même en l'absence d'adultère, entre deux personnes dont l'une, pour rendre l'union possible, a attenté à la vie du conjoint de l'autre, encore que cet attentat soit demeuré sans effet (art. 68).

Ce grand nombre d'empêchements à mariage pouvant entraîner la nullité de celui-ci peut s'expliquer par l'influence du droit canonique et l'interdiction civile pour le conjoint ayant contracté un mariage catholique, de pouvoir divorcer, la séparation de corps étant seule admise à son égard.

Le divorce est au contraire possible en cas d'union contractée entre deux personnes dont aucune des deux n'est catholique au moment de la célébration, et les causes de divorce pour lesquelles l'article 115 du Code autorise le divorce pour les non-catholiques sont :

- 1° L'adultère ;
- 2° Une condamnation pour crime à cinq ans au moins de travaux forcés ;
- 3° La désertion malicieuse non suivie de retour dans l'année à compter de la sommation officielle de réintégrer le domicile conjugal ;
- 4° Les attentats mettant en danger la vie ou la santé ;
- 5° Des sévices graves et réitérés ;
- 6° Une aversion réciproque insurmontable. Dans ce dernier cas le juge doit d'abord commencer à prononcer la séparation de corps.

La séparation de corps (*scheidung von Tisch und Bett*) se présente sous deux formes : la séparation par consentement mutuel (*mit Einverständniss*), qui doit être autorisée par le juge, et la séparation pour causes déterminées (*ohne Einverständniss*), ces causes étant presque semblables aux causes de divorce des non-catholiques :

1° Une condamnation de l'un des époux pour adultère ou pour crime ;

2° L'abandon malicieux ;

3° Une conduite désordonnée mettant en péril une partie importante de la fortune du demandeur ou la moralité de la famille ;

4° Des attentats à la vie ou à la santé ;

5° Des sévices graves ou, selon la situation des personnes, des offenses très sensibles et réitérées ;

6° Une maladie durable (*unhaltend*) et contagieuse.

Il serait trop long de voir maintenant les règles applicables en *Hongrie* sur cette matière du mariage, qui, dans les grandes lignes, est traitée comme en Autriche. A signaler cependant qu'au point de vue de la célébration il n'existe depuis 1894 qu'une forme officielle de mariage : le mariage civil célébré devant un officier de l'état civil laïque, le mariage religieux ne pouvant comme en France, intervenir qu'après la célébration civile ; de plus, le vice d'erreur entachant le consentement à mariage a été réglementé très largement ; on reconnaît en particulier, qu'il y a erreur si au moment de la célébration du mariage, l'une des parties était déjà définitivement incapable de remplir le devoir conjugal et que l'autre partie l'ignorait et ne pût pas le présumer d'après les circonstances. La même solution est admise encore si l'une des parties avait été condamnée à cinq ans au

moins de travaux forcés ou de réclusion et que l'autre partie l'ignorait, pourvu, dans ce dernier cas, qu'il y eût des raisons sérieuses de présumer que, le sachant, elle ne se serait pas prêtée au mariage ; de même si la femme, au moment du mariage était enceinte d'un autre, hors mariage, à l'issu du mari.

Enfin, depuis 1894, la législation hongroise autorise le divorce à côté de la séparation de corps pour les mêmes causes et dans des hypothèses multiples, presque identiques à celles prévues en Autriche.

§ 3. — PAYS LATINS

I. — *Belgique*

Il nous reste à voir un certain nombre de pays où le droit civil français est prépondérant mais qui, à l'égard du mariage, obéissent plutôt aux règles du droit canonique.

En *Belgique*, cependant, le Code civil français est entièrement applicable sauf quelques modifications, aussi nous ne nous y arrêterons pas plus longtemps. Le divorce est, comme en France, également autorisé à côté de la séparation de corps, pour les mêmes causes, sauf à noter d'une part que le divorce par consentement mutuel prévu dans le Code Napoléon et disparu de notre législation s'est maintenu en Belgique et que d'autre part, l'article 7 du Code pénal ne reconnaissant plus de « peines infamantes », un divorce ne peut plus avoir pour cause la condamnation à une semblable peine.

La jurisprudence belge autorise le divorce pour

« excès, sévices et injures graves » aussi largement qu'en France ; en particulier, sur cette question tant débattue en France de savoir si le refus de célébration du mariage religieux après le mariage civil émanant de l'un des conjoints peut être considéré de la part de l'autre comme une injure grave, la cour d'appel de Bruxelles, le 17 juillet 1889¹, a rendu un arrêt se prononçant pour l'affirmative, et infirmant la décision du tribunal civil de Bruxelles du 15 janvier 1889 qui, lui, n'admettait pas le divorce. Il est dit, en particulier, dans les motifs de l'arrêt : « Attendu que le mari se rend coupable d'une injure grave envers sa femme lorsque, connaissant les convictions religieuses de celle-ci, il refuse néanmoins de faire procéder à la bénédiction religieuse de leur union, après lui avoir promis ou fait croire que cette cérémonie serait accomplie ; qu'il sait, en effet, que pour elle la vie commune dans de semblables conditions ne constitue qu'un véritable concubinage que réprouvent tout à la fois les lois divines et les principes d'honnêteté ; que les enfants qui peuvent naître de cette union seront illégitimes à ses yeux comme pour tous ceux qui partagent ses croyances, etc...¹.

II. — *Espagne et Italie.*

En *Espagne*, la question de savoir si le mariage civil devait exister à côté du mariage religieux a, suivant les époques, été résolue différemment. La Constitution de 1869 modifia le principe selon lequel l'exercice de la religion catholique était seul permis et en conséquence

1. Bruxelles, 17 juillet 1889, S. 90.4.28.

substitua au mariage canonique existant seul depuis Philippe II, un mariage civil à peu près tel qu'il existe en France. Puis un décret du 9 février 1875 décide que le mariage canonique, par lui-même, recommencerait à produire en Espagne tous les effets civils, et que pour les catholiques une autre célébration serait superflue, le mariage civil subsistant néanmoins pour les non-catholiques. Enfin lors de l'élaboration du Code civil (1888-1889) un moyen terme fut adopté : le Code reconnut deux modes différents en matière de mariage, le mariage canonique pour lequel aucune célébration civile n'est nécessaire et qui produit par lui-même les effets civils, et le mariage civil¹.

La législation canonique a force de loi en ce qui concerne la réglementation des mariages de la première catégorie, c'est elle qui en règle les conditions et détermine les empêchements dont la violation entraîne la nullité ; le droit canonique ayant été étudié dans le chapitre précédent à propos de l'histoire du mariage dans l'ancien droit français, nous ne reviendrons pas sur ce point.

Quant au mariage civil, les conditions de validité et les empêchements prévus par la loi se rapprochent de ceux admis en droit canonique. C'est ainsi que ne peuvent contracter même l'union civile, les personnes qui, antérieurement à la célébration du mariage, sont atteintes d'une impuissance physique, absolue ou relative, patente, perpétuelle et incurable ; celles qui ont reçu les ordres sacrés et les profès dans un ordre religieux canoniquement approuvé liés par un vœu solennel de

1. Sur cet exposé, voir Fuzier-Hermabn, *Répertoire général de droit français*, t. XXVII, Mariage, chap. XII, *Législation comparée*, n 1731 et suiv.

chasteté, à moins d'avoir obtenu les uns ou les autres la dispense canonique voulue. Les vices du consentement prévus sont également identiques à ceux admis dans le droit canonique,

L'Espagne n'admet pas le divorce comme mode de dissolution du mariage. En effet, ce que le Code civil appelle « divorcio » n'a, d'après l'article 104, pour unique effet que de « suspendre la vie commune entre les époux ».

En ce qui concerne les mariages canoniques, les autorités ecclésiastiques, souveraines maîtresses des conditions et formalités du mariage, sont aussi juges des vices dont il peut être entaché, elles connaissent seules des procès en « divorcio » ou en nullité d'un mariage canonique.

Pour les mariages civils, les causes légitimes de « divorcio » (séparation de corps) sont :

1° L'adultère de la femme sans aucune condition et celui du mari, « lorsqu'il en résulte un scandale public ou de la déconsidération (menosprecio) pour la femme », en d'autres termes, quand le mari abandonne complètement sa femme ou entretient sa concubine soit dans le domicile conjugal, soit hors du domicile conjugal, mais avec scandale ;

2° Les mauvais traitements et les injures graves ;

3° La violence exercée par le mari sur la femme pour l'obliger à changer de religion ;

4° La proposition du mari de prostituer sa femme ;

5° La tentative du mari ou de la femme de corrompre leurs enfants ou de prostituer leurs filles, ou la connivence dans leur corruption ou prostitution ;

6° La condamnation du conjoint à la chaîne ou à la réclusion perpétuelle (art. 103).

La séparation ne peut évidemment être demandée que par le conjoint innocent (art. 103).

En *Italie*, le Code civil a fixé l'âge auquel le mariage pouvait être contracté à dix-huit ans pour l'homme, quinze ans pour la femme, comme en France ; les prohibitions de mariage pour cause de parenté ou d'alliance sont également les mêmes qu'en France.

Le Code a également prévu pour la femme un délai de viduité de dix mois à partir de la dissolution ou de l'annulation du mariage, hormis le cas d'impuissance manifeste et perpétuelle du premier conjoint qui est expressément considérée comme cause de nullité pouvant être invoquée par l'autre conjoint, à condition que cette impuissance soit antérieure au mariage (art. 107).

Les interdits pour cause de maladie mentale sont privés du droit de contracter mariage, mais l'interdiction légale (peine criminelle), même perpétuelle n'entraîne pas cet effet. Le Code exige aussi le consentement des père et mère ou, en cas de désaccord, du père seul à l'égard du fils ayant moins de 25 ans, de la fille ayant moins de 21 ans. Quant à l'adopté mineur, il est soumis à la double nécessité d'obtenir non seulement le consentement de ses père et mère, mais aussi celui de l'adoptant.

En ce qui concerne les vices du consentement le mariage peut être attaqué par celui des époux dont le consentement n'a pas été libre. Lorsqu'il y a eu erreur dans la personne, l'action en nullité peut être intentée par celui des époux qui a été induit en erreur (art. 105). La doctrine et la jurisprudence étendent la cause prévue par l'article 105 à l'erreur portant sur cet ensemble d'attributs qui constituent la personnalité civile.

Le Code réglementant la célébration du mariage, a décidé que celle-ci, précédée de deux publications, devait avoir lieu devant l'officier d'état civil de la commune où chaque époux a sa résidence depuis un an au moins.

Enfin, le Code civil n'admet qu'un seul mode de dissolution du mariage : la mort de l'un des conjoints. La législation, bien que la question ait été soulevée, n'a pas voulu sanctionner le divorce ; il n'autorise que la séparation de corps et, en principe seulement dans les cas déterminés par la loi, mais cependant l'article 158 prévoit aussi une séparation par consentement mutuel moyennant l'homologation du tribunal. Les causes pour lesquelles la séparation de corps peut être demandée sont :

1° L'adultère (à l'encontre du mari l'action ne serait recevable qu'autant qu'il entretient sa concubine dans la maison, ou notoirement dans un autre lieu, ou que à raison des circonstances le fait constitue pour la femme une injure grave, visant ici le cas où le mari serait surpris en flagrant délit par la femme, (art. 150, al. 2) ;

2° L'abandon volontaire ;

3° Les excès, sévices, menaces ou injures graves ;

4° Une condamnation à une peine criminelle, postérieure au mariage ou ignorée du conjoint demandeur lors de la célébration du mariage ;

5° Le fait pour la femme que le mari n'adopte pas une résidence unique, en ayant les moyens ; il refuse de l'établir d'une manière qui convienne à sa situation.

Telle était la réglementation du mariage applicable en Italie encore récemment, mais il n'en est plus de même aujourd'hui. Le concordat conclu entre l'Italie et le Saint-Siège, le 11 février 1929 (traité de Latran) à la suite du rétablissement du pouvoir temporel du pape,

stipule en effet que l'Etat italien, voulant redonner à l'institution du mariage qui est la base de la famille une dignité conforme aux traditions catholiques du peuple italien, reconnaît au sacrement du mariage régi par le droit canonique tous les effets du mariage civil. Les questions touchant à la validité et aux causes de nullité de cette union indissoluble du vivant des époux sont abandonnées à la compétence de l'Eglise et seuls les tribunaux ecclésiastiques interviennent à cet égard, de même que les officiers d'état civil n'ont plus à célébrer le mariage vis-à-vis des catholiques. Cette législation nouvelle est donc calquée sur celle fonctionnant en Espagne que nous avons signalée précédemment.

Pour clore ce chapitre de droit comparé, il est intéressant d'établir un tableau récapitulatif démontrant que pour les principaux pays du monde, autres que la France, certains faits constituent dans les uns des causes de nullité de mariage, alors que dans d'autres on les envisage comme causes de divorce ou de séparation de corps, constatation qui aidera à comprendre l'incertitude de la jurisprudence française sur la solution à adopter dans des hypothèses de ce genre, sur lesquelles notre Code est demeuré muet.

TABLEAU RECAPITULATIF

Faits envisagés	Pays admettant comme solution la nullité du mariage	Pays admettant comme solution le divorce
Aliénation mentale.	Toutes les législations voient dans l'aliénation mentale au moment de la célébration du mariage un vice entraînant la nullité absolue ou l'inexistence du mariage.	Landrecht prussien, Allemagne (art. 1569) et en Suisse en cas d'aliénation mentale incurable.
Impuissance.	Angleterre, Ecosse, Etats-Unis, Espagne, Autriche, Hongrie, Italie.	Landrecht prussien, Suède, ancien droit russe.
Non consommation du mariage.	Cas de rupture du lien conjugal dans les législations où le droit canonique produit des effets civils, Autriche, Espagne, Italie.	Landrecht prussien, Allemagne (en tant que manquement aux devoirs conjugaux art. 1568), Belgique (en tant qu'injure grave).
Epouse enceinte, au commencement, du mariage d'un autre que le mari.	Autriche (art. 58) et Hongrie (cas d'erreur sur la personne) Allemagne (cas de fraude, art. 1334 viciant le consentement).	Etats-Unis (en tant que cruelty), Belgique (en tant qu'injure grave).
Refus de célébration du mariage religieux de la part d'un des conjoints contrairement à la religion de l'autre.	Invalidité du mariage à forme religieuse prévue dans maints pays, l'empêchement dirimant de dispar cultus en droit canon et dans le Code autrichien qui dispose que les chrétiens ne peuvent se marier avec des non-chrétiens	Allemagne (en tant qu'application de l'art. 1568); Belgique (en tant qu'injure grave)
Condamnation à une peine infamante	Hongrie (travaux forcés ou réclusion), Allemagne cas de fraude (art. 1334, viciant le consentement).	Autriche condamnation à 5 ans au moins de travaux forcés; Allemagne, en tant qu'application de l'art. 1568.

Sur tout ce chapitre, voir : Roguin, *Traité de droit civil comparé, Le Mariage*, 1904; Fuzier-Hermann, *Rép. général de droit français*, t. XVII. *Divorce et sép. de corps*, chap. IX, droit comparé p. 832 et suiv.; *Ibid.*, t^r XXVI, *Mariage*, chap. XII, Législ. comparée p. 402 et suiv.; D. jurispr. gén., suppl. t. V, *Divorce* chap. I, Droit comparé p. 320 et suiv.; *ibid.*, t. X, *Mariage*, chap. I, Droit comparé p. 370 et suiv.

CHAPITRE IV

Jurisprudence Française sur certaines causes de nullité du mariage.

§ 1. — IDENTITÉ DE SEXE ET IMPUISSANCE

Il s'agit d'une matière assez délicate sur laquelle la jurisprudence eut à se prononcer dès la promulgation du Code, et qui donna naissance à de graves difficultés. D'une part, en effet, le Code civil ne reconnaît pas l'impuissance comme empêchement de mariage et, d'autre part, l'existence de deux sexes nettement distincts entre les conjoints est, de toute évidence, une condition essentielle à la validité du mariage ; suivant que la jurisprudence s'appuiera de préférence sur un principe ou sur l'autre, elle annulera ou maintiendra le mariage. Enfin, l'incertitude sur l'interprétation que l'on doit donner à l'article 180 du Code civil, relatif à l'erreur sur la personne (ce que nous étudierons plus spécialement dans la deuxième partie de ce chapitre), vient encore compliquer la question.

La tendance première de la jurisprudence fut d'admettre très largement la nullité du mariage ; c'est ainsi que la cour de Trèves, le 1^{er} juillet 1808¹, s'est prononcée en ce sens dans un cas où il s'agissait simplement d'impuis-

1. Trèves, 1^{er} juillet 1808, Rép. de lég. Dalloz, t. XXXI, Mar., ch. 2, sect. 2, p. 174.

sance, la conformation de la femme rendait la tentative d'union sexuelle difficile et répugnante. La cour, en statuant ainsi après une expertise ordonnée par un premier arrêt avant dire droit du 27 janvier 1808, s'inspirait du but naturel du mariage, alors que la décision de première instance qu'il infirmait avait surtout envisagé la question de vice du consentement et d'erreur sur la personne. De même, le tribunal de la Seine, en décembre 1834, annula un mariage pour identité de sexe, après un premier jugement ordonnant la visite du mari en date du 18 avril 1834¹. Le tribunal d'Arras² s'est également prononcé en faveur du système qui voit dans l'impuissance manifeste une cause de nullité et autorisait d'en établir la preuve.

Par contre, dès 1811, la doctrine adverse tend à l'emporter et la cour de Gênes, le 7 mars 1811³, décide que l'impuissance du mari, la stérilité de la femme ne sont pas une cause de nullité et ce parce qu'aucun article du Code civil ne permet d'envisager cette solution ; la cour de Riom, dans un cas de vice de conformation chez la femme, juge dans le même sens⁴, ainsi que la cour de Besançon, cette dernière déclarant même dans les motifs de sa décision, qu'on ne pourrait pas davantage trouver là une cause de séparation de corps (divorce non admis à cette époque) et que la preuve n'en peut être reçue : « Considérant que les législateurs du Code ont gardé le silence sur la nullité pour cause d'impuissance naturelle du mari, laquelle était admise dans l'ancienne jurisprudence et qui donnait lieu à tant de débats scandaleux à

1. *Gaz. des trib.* des 3, 12 et 26 avril 1834.

2. Arras, 25 mai 1839, *Gaz. des trib.*, 30 mai 1839.

3. Gênes, 7 mars 1811, *rép. cit.*, p. 175.

4. Riom, 30 juin 1828, *rép. cit.*, p. 175.

raison de la difficulté de la constater ; que cette impuissance n'a pas été comprise au nombre des causes de nullité de mariage et de séparation de corps déterminées par le Code civil ; que le mari ne peut même l'alléguer pour désavouer l'enfant né pendant le mariage ; qu'ainsi la demanderesse ne peut s'en prévaloir pour demander la nullité de son mariage légalement contracté avec le défendeur ou pour justifier sa demande en séparation de corps, qu'il n'y a lieu par conséquent d'ordonner la vérification qu'elle sollicite¹. »

Cette manière de voir est également suivie par la cour de Toulouse, qui refuse d'admettre l'impuissance comme cause de nullité de mariage ou comme cas d'injure grave et déclare notamment : « que, par conséquent, si un époux demande la nullité du mariage en offrant de prouver l'impuissance naturelle de son conjoint, cette preuve ne doit pas être ordonnée ; qu'éclairé par l'expérience le législateur de 1804 a fermé la porte aux demandes de cette nature afin de mettre un terme aux scandales de vérifications souvent impossibles et à celui des discussions qu'elle entraînerait ; qu'il n'y a pas de distinction à faire entre l'impuissance naturelle manifeste et l'impuissance naturelle cachée ; que si l'intérêt privé doit en souffrir dans des cas très rares c'est là un sacrifice qu'il est permis de lui imposer dans un intérêt général d'ordre et de morale ; que c'est dans cet esprit que les auteurs du Code Napoléon ont refusé d'introduire une disposition conforme aux principes de l'ancienne jurisprudence ; qu'il faut interpréter leur silence en ce qui touche l'impuissance naturelle de l'un des

1. Besançon, 28 août 1840, rép. cit., p. 176.

époux dans le sens d'un rejet absolu de ce moyen de nullité du mariage...² » De même encore la cour de Chambéry³.

Cette jurisprudence qui ne fait aucune distinction entre le cas d'impuissance naturelle et le cas d'impuissance non apparente devait-elle être appliquée aussi à l'égard d'une demande basée sur une impuissance due à une malformation physique telle que l'on puisse envisager l'hypothèse d'une similitude de sexe ? C'est la question posée par le célèbre procès Darbousse contre sa femme qui va avoir un si grand retentissement, tant dans le monde médical, que dans celui de la science du droit :

Le sieur Darbousse avait formé le 8 mars 1869, une demande en nullité du mariage contracté par lui le 30 décembre 1866, sous le grave prétexte que sa femme était du sexe masculin, que dans ces conditions par suite de ce vice *ab initio* aucun mariage n'avait pu légalement exister, le tribunal de première instance d'Alais, le 29 avril 1869, contrairement aux conclusions du ministère public avait admis sa requête et dans un jugement interlocutoire, autorisait Darbousse à apporter, tant par titres que par témoins, la preuve de son allégation et ordonnait une expertise sur la personne de la femme ; la cour de Nîmes, le 19 novembre 1869, bien qu'admettant que l'identité de sexe soit un vice radical entachant le mariage, a infirmé cette décision sous prétexte que, contrairement à l'opinion du tribunal, il ne s'agissait en l'espèce que d'une question d'impuissance, se prononçant en ces termes : « Attendu que la loi n'a pas mis l'impuissance

2. Toulouse, 10 mars 1858, S. 1858.2.660.

3. Chambéry, 28 janvier 1867, S. 67.2.81.

au nombre des causes de nullité de mariage, qu'elle soit naturelle ou accidentelle, d'où il suit que toute demande tendant à prouver que l'un des époux se trouve dans cet état doit être rejetée, qu'il faudrait, il est vrai, décider autrement si la demande avait pour objet non de prouver l'impuissance de l'un des époux mais qu'il n'appartient pas au sexe qui lui avait été attribué, car le mariage étant l'union de l'homme et de la femme la différence de sexe en forme la condition essentielle; que la demande en nullité de mariage du mariage contracté par Darbousse le 30 décembre 1886 avec Justine Dumas est fondée sur ce dernier motif ; mais, attendu que la preuve offerte à défaut d'autre justification, en supposant qu'elle pût être rapportée, n'établirait pas que Justine Dumas n'appartient pas au sexe féminin, mais démontrerait tout au plus sa conformation vicieuse des organes de la génération qui la rendait impropre à en remplir les fonctions ¹. »

La Cour de cassation, le 25 janvier 1872, a cassé cet arrêt, mais d'ailleurs par des moyens de forme étrangers à la question² de nullité de mariage³.

L'affaire revint donc devant une nouvelle Cour d'appel, celle de Montpellier, qui, le 8 mai 1872, sur les conclusions conformes de l'avocat général, adopta les motifs du tribunal d'Alais tant sur le principe de la demande que sur les mesures d'instruction ordonnées.

Le tribunal d'Alais fut alors chargé de statuer sur le fond et, de son jugement en date du 23 janvier 1873³, il résulte que l'absence complète des organes qui caracté-

1. Nîmes, 19 novembre 1869, D. P., 72.1.52; S. 70.2.78.

2. Civ., 15 janvier 1872, D. P. 72.1.52.

3. Trib. Alais, 23 janvier 1873, D. P. 82.3.71.

risent le sexe est une cause de nullité de mariage par application de l'article 144 du Code civil ; qu'en pareille matière le refus de se soumettre à la visite personnelle par experts ordonnée comme mesure d'instruction (ce qui fut dans le procès l'attitude de Mme Darbousse à la suite de l'arrêt rendu par la cour de Montpellier) ne saurait équivaloir juridiquement à un aveu direct ou indirect de la vérité des faits articulés par la partie adverse, mais que ce refus peut, eu égard aux conditions dans lesquelles il s'est produit, être pris en considération et corroborer dans une certaine mesure les divers éléments de preuve versés au débat ; citons les motifs les plus intéressants de cette décision : « Attendu que ce contrat (le mariage) qui participe du droit civil qui en règle les conditions et du droit naturel par l'union des sexes, et a été toujours consacré par la religion de tous les peuples, à un but social et un but moral tout à la fois, le premier de perpétuer la famille, base de toute société par la procréation des enfants, et le deuxième de donner un aliment modérateur aux instincts de la nature, de prévenir ainsi les écarts de passion et assurer les joies et la prospérité du foyer domestique, et que ce double but serait évidemment manqué s'il pouvait se faire qu'un pareil contrat dût être maintenu lorsqu'un vice organique sexuel de l'un des époux présenterait entre eux, comme dans l'espèce ainsi que le constate suffisamment ledit certificat, un obstacle perpétuel et invincible de rapprochement. » Le tribunal d'Alais se prononce donc nettement en faveur de l'admission de l'impuissance lorsqu'elle est grave et incurable comme une cause de nullité de mariage en se basant sur le double but naturel de cette institution.

Cette jurisprudence si libérale ne put se maintenir ; en 1876 la cour de Riom¹ déclare que l'impuissance ne constitue pas une erreur sur la personne de nature à entraîner la nullité du mariage, et, lorsque en 1882, un cas analogue à celui du tribunal d'Alais se présenta devant la cour de Caen, celle-ci, par un arrêt longuement motivé en date du 23 mars 1882² réfuta entièrement la thèse émise en 1872 et ne voulut pas annuler un mariage malgré les malformations particulièrement graves constatées chez la femme. Voici d'ailleurs les principaux arguments invoqués par elle : « Attendu que le mariage, *consortium omnis vitæ*, est avant tout l'union de deux personnes intelligentes et morales ; qu'il doit être contracté entre un homme et une femme (art. 144 C. C.) ; que cette condition est nécessaire et suffit à son existence ; que la femme ne peut être rabaissée au point de ne la considérer que comme un appareil sexuel et de ne voir en elle qu'un organisme propre à faire des enfants et à satisfaire les passions du mari ; que la possibilité de la procréation d'enfants et d'une cohabitation charnelle n'est pas absolument essentielle à l'existence du mariage ; que cette possibilité fait souvent défaut, par exemple dans les unions *in extremis* et dans celles des vieillards d'un âge très avancé ; attendu que le mariage est un contrat des plus solennels dont le maintien importe aux époux, aux familles et à l'ordre public ; que le Code civil dans le chapitre intitulé : *Des demandes en nullité de mariage* a admis diverses causes de nullité dont l'énumération doit être considérée comme restrictive et qu'au nombre de ces causes de nullité ne figure pas l'absence plus ou

1. Riom, 7 juin et 2 août 1876, D. P. 77. 2. 32 ; S. 77. 2. 153.

2. Caen, 23 mars 1882, S. 1882.2.182.

moins complète des organes sexuels... »

La Cour de cassation qui, lors du procès de 1872, était intervenue mais n'avait pas eu à donner son avis sur le fond même de la question n'eut pas à se prononcer davantage à cette époque, et ce fut seulement en 1903 qu'un arrêt prononçant l'annulation d'un mariage pour identité de sexe lui fut déféré. Il s'agissait encore d'une femme atteinte d'un vice de conformation telle que le mari prétendait annuler le mariage pour identité de sexe. La cour d'appel de Douai avait admis la nullité, la Cour de cassation s'est prononcée en sens contraire dans un arrêt de la Chambre civile du 6 avril 1903. Il y a lieu de se reporter sur cette question au Dalloz périodique de 1904¹, contenant la reproduction des conclusions prises par M. le procureur général Baudouin en faveur du rejet de la demande, ainsi qu'au recueil Sirey de la même année², où l'on trouve une note intéressante de M. Wahl, professeur à la Faculté de droit de Paris, qui après un long exposé de la question réfute les arguments invoqués par la Cour de cassation.

Voici les phases principales de ce procès : le sieur C. qui invoquait la demande en nullité de mariage devant le tribunal de Lille en octobre 1899, son union remontant à avril de la même année, eut gain de cause par le jugement du 12 novembre 1900 qui déclara le mariage nul à la suite d'une expertise faite sur la femme en vertu d'un premier jugement avant dire droit du 18 janvier. Sur appel de la femme, la cour de Douai confirma la décision de première instance, considérant la femme C. comme une personnalité incomplète, déclarant la nullité

1. Civ., 6 avril 1903, D. P., 04.1.395.

2. *Id.*, S. 04.1. 273 et suiv.

invoquée comme implicitement contenue dans le Code civil réglant les rapports de l'homme et de la femme dans leur union, et invoquant en particulier ces motifs : « Attendu que si le mariage comporte pour le bon fonctionnement de la vie conjugale et si la loi prescrit la mise en commun de qualités morales et d'intérêts matériels, on n'a jamais considéré cette mise en commun comme constituant un mariage, lorsqu'elle avait lieu en dehors de toute idée de rapprochement sexuel ; qu'ainsi les lois n'ont jamais réglementé l'association que faisaient dans ces conditions un homme et une femme réunis par un sentiment de mutuelle estime, une communauté d'intérêts, une pensée d'assistance réciproque ;

« Attendu, à la vérité, que les lois n'ont pas refusé la consécration du mariage à l'union de deux personnes trop âgées pour créer une descendance, ou même sur le point de quitter la vie, mais que, si de pareilles unions ont été consacrées par respect des bienséances ou pour donner satisfaction à des sentiments d'affection invétérés et louables, par contre la plupart des législations civiles et religieuses ont admis la nullité du mariage en cas de stérilité de la femme ou d'impuissance du mari lorsque les époux sont jeunes et paraissent bien constitués... »

Cette décision fut l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation pour violation des articles 144, 146 et 180, § 2 du Code civil. Par un arrêt rendu après délibéré en Chambre du conseil en date du 6 avril 1903, la cour suprême cassa et renvoya devant la cour de Nancy, ne voyant dans l'espèce qu'un cas d'impuissance, et se prononçant contre la thèse faisant de l'impuissance un cas de nullité ; certains de ses motifs sont très significatifs à cet égard « ...Attendu, en droit, que le mariage ne peut

être légalement contracté qu'entre deux personnes appartenant l'une au sexe masculin et l'autre au sexe féminin ; qu'ainsi son existence est abandonnée à la double condition que le sexe de chacun des époux soit reconnaissable et qu'il diffère de celui de l'autre conjoint. Mais, attendu que si ces deux conditions sont nécessaires elles sont, en même temps, suffisantes, et que lorsqu'elles sont réunies, le défaut, la faiblesse ou l'imperfection de certains organes caractéristiques du sexe sont sans influence possible sur la validité du mariage ; qu'il en peut résulter seulement un état d'impuissance naturelle ou accidentelle et que le Code civil, à la différence de l'ancienne législation et dans le but de prévenir les incertitudes, les difficultés et les scandales de la preuve, n'a pas accordé pour cette cause l'action en nullité ;

« Attendu, d'autre part, que la demande d'annulation de mariage ne pouvait pas davantage se fonder sur un prétendu vice du consentement ; parce que, en cas pareil, l'erreur commise ne porte pas sur la personne de l'un des époux, mais seulement sur ses qualités physiques... »

La cour de Nancy ¹ s'inclina devant cette interprétation du Code civil et rejeta définitivement la demande en nullité.

La jurisprudence française se trouve donc fixée à cette époque sur ce point, mais il reste cependant à signaler un devant le tribunal civil de Lyon en mainlevée de l'opposition à mariage émanant des parents du futur époux qui invoque l'impuissance de ce dernier.

Le nommé L., majeur de 25 ans, assigna ses parents devant le tribunal civil de Lyon en main levée de l'oppo-

1. Nancy, 16 octobre 1903, D. P., 04.2.336.

sition ; les parents demandèrent alors au tribunal de ne pas accorder cette mainlevée en raison de l'état physique de leur fils qui serait, prétendaient-ils, une cause de nullité de son mariage ; ils conclurent subsidiairement à une expertise. Le tribunal rejeta les conclusions des parents, jugea en conséquence inutile de recourir à une expertise et s'appuyant en particulier sur l'arrêt de la Cour de cassation de 1903, prononça la mainlevée de l'opposition, l'impuissance n'étant pas une cause de nullité. Sur appel des parents, la cour de Lyon¹, adoptant les motifs des premiers juges, confirma la décision de première instance.

§ 2. — VICE DU CONSENTEMENT, ERREUR DANS LA PERSONNE
ET SUR LES QUALITÉS DE LA PERSONNE.

Laissons de côté les demandes en nullité basées sur l'aliénation mentale ; elles sont sans importance pour notre étude, car c'est là sans aucun doute à cet égard, un cas d'absence de consentement, lorsqu'elle existe au moment de la célébration du mariage, et d'autre part, cet état maladif considéré en lui-même ne peut en aucune manière être invoqué comme cause de divorce ou de séparation de corps.

La question des vices du consentement est par contre plus intéressante ; ils se ramènent comme nous l'avons vu à deux dans notre Code civil : la violence et l'erreur. Le premier cas est plus théorique que pratique en raison des formalités qui entourent la célébration du mariage ; en fait, depuis le Code civil, on n'a vu à ce sujet qu'un exemple dans la pratique judiciaire².

1. Lyon, 16 mai 1906, D. P. 1907.2.21.

2. Agen, 14 juin 1890, D. P., 91.2.153.

Le cas d'erreur, au contraire, présente plus d'intérêt en raison des nombreux problèmes qu'il suscite. Nous envisagerons seulement ici les hypothèses d'erreur sur la personne, ou sur les qualités de la personne, pour lesquelles la jurisprudence a hésité entre l'annulation du mariage et l'admission du divorce ou de la séparation de corps. Nous en connaissons déjà une, celle de l'impuissance que certains considèrent comme productive d'erreur sur les qualités de la personne, nous n'y reviendrons pas.

Un cas extrême s'est présenté : lorsque l'un des conjoints lors de la célébration a la volonté ferme de ne pas consentir à la consommation du mariage, y a-t-il simple vice du consentement (erreur sur la personne) ou ne peut-on pas dire plutôt qu'il y a absence de consentement ? Cette question fut soumise au tribunal de la Seine, en 1860, par le marquis de Grolée-Virville, dans les conditions suivantes : Le 11 novembre 1853, le tribunal de la Seine, dans un jugement par défaut rendu à la demande du mari contre sa femme, avait prononcé la séparation de corps entre les époux. Le 10 juillet 1860 le marquis forma alors contre sa femme une demande en nullité de mariage, invoquant tout à la fois un défaut de consentement de la part de sa femme qui n'avait jamais eu l'intention d'accepter les effets que doit produire l'union conjugale, et un vice de consentement à son égard par erreur dans la personne par suite de son ignorance de la volonté de sa femme de ne pas accomplir le devoir conjugal. Dans les conclusions déposées par lui, il invoquait notamment les motifs suivants :

« Attendu que le but et la condition substantielle du mariage sont la communauté de vie la plus complète entre les deux époux et l'accomplissement des devoirs

conjugaux qui en sont la conséquence ; attendu que par suite le consentement au mariage doit être, sous peine de nullité, le consentement à la consommation du mariage ; qu'il n'est plus sans cela qu'un acte frauduleux et mensonger destiné à dissimuler un mariage dont les conditions substantielles n'existent pas et qui, par conséquent, n'a qu'une apparence dans la réalité ; ... (suit un exposé des faits) ... que l'article 146 du Code Napoléon prononce qu'il n'y a pas de mariage quand il n'y a pas de consentement ; que le prétendu mariage du 26 octobre 1852 était donc en vertu de cet article, nul et d'une nullité absolue et radicalement inexistant ; que, de plus, il était encore nul à l'égard du sieur Grolée-Virville par erreur dans la personne en vertu de l'article 180 ; qu'en effet cet article prévoit non pas le cas d'erreur sur la personne physique, où il n'y a pas de consentement, mais celui d'erreur sur les qualités substantielles de la personne, qu'il ne saurait exister de qualités plus substantielles, quant au mariage, que la volonté d'accomplir le devoir conjugal, puisque de cette qualité dépend l'objet même et la fin du mariage. »

Le tribunal civil de la Seine n'admit point cette thèse et, le 17 mai 1861, il rejeta la demande en nullité disant en particulier : « Attendu que le lien de droit se forme entre les contractants par la libre manifestation de la volonté quelles que puissent être d'ailleurs leurs réticences relativement à l'exécution des obligations qu'ils acceptent... » et concluant en ce que l'article 180 vise seulement l'erreur sur la personne et que, d'ailleurs, en introduisant une instance en séparation de corps, le mari a reconnu implicitement la validité du mariage.

La cour de Paris, le 30 décembre 1861 confirma la

décision de première instance et jugea que l'article 180 ne visait que l'erreur sur la personne, pas même l'erreur sur les qualités de la personne, et que dans l'espèce il s'agissait d'erreur sur les intentions, les dispositions de l'esprit. Le mari forma un pourvoi en invoquant que la cour de Paris, saisie d'une demande en nullité basée sur l'inexistence du consentement de la femme (art. 146) et erreur dans le consentement du mari sur une qualité substantielle de la femme (art. 180), a rejeté cette demande par des motifs qui écartent la deuxième cause de nullité invoquée sans s'expliquer sur la première : défaut de consentement de la part de la femme.

La Cour de cassation¹ rejeta le pourvoi, mais malheureusement ne donna pas son avis sur le premier moyen invoqué. En effet, elle déclara que le seul moyen d'annulation soumis à la cour de Paris, et dont cette cour eut dès lors à motiver le rejet, était celui tiré de l'erreur qui aurait vicié le consentement du mari, l'autre moyen n'ayant pas été proposé comme cause distincte de nullité. Le mariage fut donc maintenu au point de vue civil (la séparation de corps prononcée précédemment et seule possible à cette époque en ayant suspendu d'ailleurs les effets), alors que l'union religieuse fut dissoute par décision de la cour de Rome, puisque le mariage n'avait jamais été consommé.

La jurisprudence antérieure avait cependant, à plusieurs reprises, prononcé la nullité en matière de mariage, en se basant sur l'erreur vis-à-vis des qualités substantielles de la personne ; c'est ainsi que, par arrêt

1. Req., 9 février 1863, D. P., 61.1.42 avec le rappel de la décision du trib. de la Seine, 17 mai 1861.

du 6 décembre 1811¹, la cour de Colmar avait invalidé un mariage contracté par un ci-devant moine profès, bien que la loi civile ait cessé de regarder l'engagement dans les vœux monastiques comme un empêchement au mariage et que, en 1827, la cour de Bourges² avait également prononcé l'annulation d'un mariage en se fondant sur ce qu'il avait été contracté par erreur sur les qualités civiles de l'époux. Un jugement du tribunal de Chaumont³ annula un mariage pour cause de grossesse de la femme dissimulée au moment de la célébration.

A la même époque, la question s'est aussi posée de savoir si le refus de célébration du mariage religieux de la part de l'un des époux, et ce contrairement à la volonté de l'autre amené à consentir au mariage par suite de cette erreur sur les croyances religieuses de son futur conjoint pouvait servir de motif à annulation de l'union civile. La cour de Montpellier ne voulut voir dans cette hypothèse une erreur suffisante, mais admit qu'il pourrait y avoir là une injure grave⁴. « Attendu qu'en effet le mariage est en droit un pur contrat civil, lequel existe complètement dès que la célébration devant l'officier de l'état civil a eu lieu ; que les parties peuvent ensuite faire célébrer leur mariage religieusement selon tel rite religieux et devant tel ministre du culte que bon leur semble, mais que cette célébration religieuse a lieu tout à fait en dehors de la loi civile qui ne s'en est point occupée et qui n'accorde point d'action aux parties pour se contraindre réciproquement à y procéder ; attendu

1. Colmar, 6 décembre 1811, D. H., t. X, p. 10, n. 1.

2. Bourges, 6 août 1827, D. P., 29.2.71.

3. Trib. Chaumont, 19 juin 1858, d'après note du D. P., 61.1.49 sous arrêt Civ. du 11 février 1861.

4. Montpellier, 4 mai 1847, D. P., 47.2.81.

que le refus du mari de faire célébrer religieusement le mariage en la forme qui aurait été convenue serait peut-être tout au plus de nature à soulever la question d'injure grave propre à motiver une demande en séparation de corps, sauf aux tribunaux à apprécier si le moyen serait ou non fondé, question que la cour n'entend nullement préjuger dans l'espèce actuelle. »

L'interprétation de l'article 180 du Code civil relatif à l'erreur dans la personne va donner naissance à un grave conflit entre les cours d'appel et la Cour de cassation dans les conditions suivantes :

Le 14 février 1860 la cour de Paris¹, lors d'une affaire où il s'agissait d'une femme ayant épousé sans le savoir un forçat libéré, condamné dans sa jeunesse à quinze ans de travaux forcés pour complicité d'assassinat, avait décidé, en confirmant une décision du tribunal de la Seine, que l'erreur dans la personne ne doit entraîner l'annulation de mariage que si, ayant pour objet soit l'individualité physique, soit l'individualité civile, elle porte sur une personnalité complète et soulève une question d'identité, et qu'ainsi le mariage contracté par une femme avec un forçat libéré, dans l'ignorance de la condamnation dont il avait été antérieurement frappé, ne peut être annulé pour cause d'erreur dans la personne ; la Cour de cassation, après un long délibéré en Chambre du conseil le 11 février 1861² casse l'arrêt objet du pourvoi et déclare notamment : « ...Attendu qu'il résulte de la conclusion des dits articles (146 et 180) que la nullité d'un mariage ne peut être prononcée pour cause d'erreur que lorsqu'il y a erreur dans la

2. Paris, 14 février 1860, D. P., 60.2.87.

3. Civ., 11 février 1861, D. P., 61.1.49.

personne, cette erreur doit s'entendre non seulement de l'erreur dans la personne physique, mais aussi de l'erreur dans la personne civile ; attendu que, lorsqu'une condamnation à une peine afflictive et infamante a diminué la personne civile du condamné et l'a privé d'une partie notable de ses droits civils et civiques par application des articles 28 et 34 du Code pénal, il est du droit et du devoir des tribunaux d'examiner, d'après les faits et circonstances de la cause, jusqu'à quel point l'erreur a porté sur des conditions substantielles, consécutives de la personne civile, a pu opérer erreur dans la personne et par suite vicier le consentement de l'époux trompé... »

La cour d'Orléans, devant qui l'affaire fut renvoyée, adopta la solution de la cour de Paris, le 16 juillet 1861¹ ; un nouveau pourvoi fut formé contre cet arrêt et l'affaire revint devant la Cour de cassation ; celle-ci, statuant toutes Chambres réunies le 24 avril 1862, sous la présidence de M. Troplong, jugea, après un délibéré de trois jours et conformément aux conclusions de M. le procureur général Dupin, qui prononça sur la question un plaidoyer remarquable, que l'erreur sur les qualités de la personne à la différence de l'erreur sur l'identité civile, n'était pas visée par l'article 180 et que, dans l'espèce, il n'y avait pas lieu d'annuler le mariage². « Attendu, dit-elle en particulier, que l'erreur dans la personne, dont les articles 146 et 180 du Code Napoléon ont fait une cause de nullité, ne s'entend, sous la nouvelle, comme sous l'ancienne législation, que d'une erreur portant sur la personne elle-même ; attendu que si la nullité ainsi établie ne doit pas être restreinte au cas unique de l'er-

1. Orléans, 16 juillet 1861, D. P., 61.2.132.

2. Ch. réun., 28 avril 1862, D. P., 62.1.153, avec les conclusions de M. le Procureur général Dupin. S. 62.1.342.

reur provenant d'une substitution frauduleuse de personne au moment de la célébration, si elle peut également recevoir son application quand l'erreur procède de ce que l'un des époux s'est fait agréer en se présentant comme membre d'une famille qui n'est pas la sienne et s'est attribué les conditions d'origine et la filiation qui appartiennent à un autre, le texte et l'esprit de l'article 180 écartent virtuellement de sa disposition les erreurs d'une autre nature et n'admettent la nullité que pour l'erreur qui porte sur l'identité de la personne, et par le résultat de laquelle l'une des parties a épousé une personne autre que celle à qui elle croyait s'unir; qu'ainsi la nullité pour erreur dans la personne reste sans extension possible aux simples erreurs sur des conditions ou des qualités de la personne, sur des flétrissures qu'elle aurait subies, et spécialement à l'erreur de l'époux qui a ignoré la condamnation à des peines afflictives ou infamantes antérieurement prononcées contre son conjoint et la privation des droits civils et civiques qui s'en est suivie. »

Cet arrêt toutes Chambres réunies a donc définitivement orienté la jurisprudence dans un sens restrictif extrêmement défavorable à l'annulation de mariage pour erreur, car les seules hypothèses d'annulation prévues par la Cour de cassation (erreur sur l'identité physique ou civile) sont évidemment extrêmement rares.

Signalons encore un arrêt de la cour de Bordeaux¹ relativement à l'erreur dans la personne civile et au sens qu'il convient de donner en droit à cette expression; de cet arrêt il résulte qu'une telle erreur, pour devenir

1. Bordeaux, 21 mars 1866, D. P., 66.2.87.

une cause légale d'annulation, doit être radicale et absolue en ce sens que l'un des deux époux se serait mépris sur l'identité civile de son conjoint, qu'il ait cru épouser une personne civile entièrement différente de celle qu'il a réellement épousée ; il ne suffit pas qu'il y ait entre l'une et l'autre une dissemblance partielle portant sur une seule des qualités ou conditions dont l'ensemble constitue la personne civile, il s'agissait en l'espèce de quelqu'un qui, ayant épousé une fille naturelle qu'il croyait par erreur être légitime, se croyait fondé à demander, à raison de cette erreur, la nullité de son mariage, et fut débouté de sa demande. Cet arrêt, en parfaite harmonie avec l'interprétation de la Cour de cassation, détruit l'opinion émise précédemment par le tribunal de Boulogne¹ qui avait décidé au contraire que l'erreur commise à l'égard d'un contractant dont la filiation est adultérine ou incestueuse peut, selon les circonstances, entraîner la nullité du mariage, mais refusait, dans le cas qui lui était soumis, de prononcer cette nullité du mariage, parce que l'honorabilité du contractant adultérin n'avait pas été essentiellement prise en considération par l'autre contractant.

Un jugement du tribunal de la Seine² se prononce encore pour une interprétation restrictive de l'erreur sur la personne civile et refuse de prononcer la nullité de mariage dans le seul cas d'une erreur de prénom et de date de naissance dans l'acte de mariage.

Cette jurisprudence s'est un peu élargie au cours de la guerre de 1914 dans le cas d'erreur sur la nationalité, et à plusieurs reprises les tribunaux civils eurent à

1. Trib. Boulogne, 26 août 1853, D. P., 53.3.56.

2. Trib. Seine, 2 mai 1912, D. P., 1912.5.20.

statuer sur des demandes en nullité de mariage à l'égard de Françaises ayant contracté mariage avec des Allemands qui avaient dissimulé frauduleusement leur véritable nationalité ¹.

Il résulte de ces décisions que l'erreur sur la personne susceptible d'entraîner l'annulation du mariage ne doit pas être restreinte au cas unique d'une substitution frauduleuse de personne au moment de la célébration du mariage, qui est également annulable lorsque l'un des époux s'est fait agréer par une tromperie sur sa personnalité civile, cette tromperie ayant eu pour résultat d'amener une erreur qui porte sur l'identité même de la personne. Mais les tribunaux déclarent que la simple erreur sur les qualités morales de l'un des contractants n'est pas une cause de nullité de mariage ; que, par contre, si la nationalité qui constitue un des éléments de la personne civile n'a, en règle générale, qu'une importance secondaire dans la pensée de ceux qui contractent mariage, elle peut au contraire, dans certains cas, et notamment en temps de guerre, avoir une importance telle que, s'il y a eu mensonge de l'un des époux sur sa nationalité, la nullité du mariage doit s'ensuivre, à la condition, d'ailleurs, que si la nationalité véritable de l'époux avait été connue de son conjoint, ce dernier aurait certainement refusé son consentement. Il a été décidé que l'on doit notamment annuler le mariage contracté au cours de la guerre de 1914 entre une Française et un sujet allemand qui s'est fait passer pour sujet alsacien, mais qu'il ne peut en être de même dans le cas d'un

1. Trib. Seine, 4 février 1918 et 2 janvier 1920, D. P., 20.2.78 et suiv.

1914 entre une Française et un sujet allemand qui s'est présenté faussement comme né en Alsace, alors qu'il n'est pas établi que la femme n'aurait pas contracté mariage si elle avait connu la véritable nationalité de son futur conjoint et que le contraire semble même résulter d'une cohabitation de plusieurs années antérieurement au mariage, au cours de laquelle la femme ne s'est pas enquis de la nationalité de son concubin, pas plus qu'au moment du mariage¹. (Notons que le tribunal de la Seine, en accueillant au cours de la guerre de 1914 les demandes en nullité de mariage, avait fait remarquer, ce qui a peut-être déterminé sa décision, que, s'il se refusait à admettre la demande, la Française qui a épousé par erreur un Allemand ne pourrait, au moins pendant la durée de la guerre, se dégager des liens de cette union par une instance en divorce, s'appuyant ici sur cette doctrine refusant, pendant la guerre, aux sujets des nations en état d'hostilité avec la France, le droit d'ester en justice dans notre pays.)

En 1926, une demande en nullité de mariage fut introduite devant le tribunal civil de Rochefort-sur-Mer pour erreur sur la personne dans l'hypothèse suivante : le mari invoquait n'avoir consenti à donner son consentement que sur l'affirmation erronée de sa femme qu'elle était enceinte et s'étant cru obligé de l'épouser dans l'intérêt de l'enfant à naître. Alors qu'anciennement, dans une hypothèse comparable, mais où il s'agissait, au contraire, d'une dissimulation de grossesse, le tribunal de Chaumont¹ avait, ainsi que nous l'avons déjà signalé,

1. Trib. Seine. 2 janvier, 1920, déc. cit.

1. Trib. Chaumont, 9 juin 1858, déc. cit.

prononcé l'annulation d'un mariage ; le tribunal de Rochefort¹, se fondant sur l'interprétation donnée par la jurisprudence la plus récente en la matière, déclara de nouveau que l'erreur sur la personne, pour aboutir à une annulation de mariage, doit porter sur l'identité civile ou physique de la personne et non uniquement, comme dans l'espèce, sur les qualités. Ce jugement n'a pas encore clos le débat et, malgré l'arrêt de la Cour de cassation toutes chambres réunies de 1862 au sujet de l'erreur sur la personne en matière de mariage et de l'extension à donner à cette cause de nullité, les tribunaux sont encore amenés aujourd'hui à approfondir cette question.

C'est ainsi qu'en 1927, le tribunal d'Angers fut saisi d'une demande en nullité de mariage émanée d'un sieur B..., formée d'ailleurs en réponse à une instance en séparation de corps introduite contre lui, et basée sur le fait qu'il avait épousé une femme croyant celle-ci célibataire d'après les déclarations produites devant l'officier d'état-civil lors de la célébration de son mariage, alors qu'en réalité elle avait été précédemment mariée deux fois et avait même un enfant du premier mariage. Le tribunal d'Angers, le 28 avril 1927, a évidemment rejeté la demande, rappelant l'interprétation de l'article 180 donnée par la Cour de cassation dans son arrêt du 24 avril 1862, opposée à toute annulation en cas de simple erreur sur les qualités de la personne. La Cour d'appel d'Angers, saisie de cette affaire, a confirmé la décision de première instance par son arrêt du 6 décembre 1928², mais, tout en adoptant les motifs des premiers

1. Trib. Rochefort, 26 avril 1926 (*Gaz. du Pal.*, 10 juillet 1926 et *Som. du Jur. Sir.*, novembre 1926, n° 3823).

2. Angers, 6 décembre 1928, *D. H.*, 14 mars 1929, p. 154.

juges, elle a ajouté : « Attendu qu'en admettant, ainsi que le soutient B..., que la nullité de l'article 180 du Code civil doit être étendue au cas de simple erreur sur une ou plusieurs qualités qui constituent la personnalité de l'un des conjoints, encore faudrait-il que pareille erreur, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, soit de nature à modifier vraiment, sinon à masquer, la véritable identité dudit conjoint. Attendu que toute autre interprétation de l'article 180 du Code civil, interprétation qui serait d'ailleurs contraire à la décision de la Cour suprême visée au jugement, aurait pour conséquence de donner aux juges le pouvoir de créer arbitrairement et à l'infini des empêchements dirimants que le législateur n'a pas prévus... »

Il résulte de cet arrêt que la cour d'Angers serait prête à admettre la nullité dans le cas d'erreur sur les qualités de la personne, lorsque cette erreur sur les qualités peut avoir une grave répercussion sur la véritable identité de la personne aux yeux de son conjoint ; cette interprétation nouvelle de l'article 180 tend à revenir, dans une certaine mesure, sur la jurisprudence antérieure, en donnant à l'interprétation de la Cour de cassation le sens le plus large possible. Peut-être y a-t-il là le prélude d'une orientation nouvelle de la jurisprudence en la matière et il se peut que la Cour de cassation adopte un jour une solution moins restrictive que celle adoptée en 1862.

CHAPITRE V

Jurisprudence Française sur les causes similaires de divorce

§ 1. — NON CONSOMMATION DU MARIAGE ET IMPUISSANCE

En droit comparé nous avons constaté que les cas d'annulation de mariage admis étaient généralement d'autant moins nombreux que la législation admettait plus facilement la dissolution du mariage au moyen du divorce ; de même, en France, la jurisprudence de plus en plus étroite pour l'admission des nullités du lien conjugal, est en corrélation avec une facilité de plus en plus grande à admettre le divorce, dans des hypothèses très voisines, sinon semblables, de celles que nous venons de voir invoquer à l'appui des demandes tendant à annuler certaines unions.

C'est ainsi que sur le terrain de la non-consommation du mariage, injure grave pouvant justifier la séparation de corps ou le divorce, nous verrons surgir de nouveau la fameuse question de l'impuissance, si fortement discutée comme empêchement de mariage. Les cours et tribunaux ont primitivement déclaré que l'impuissance ne pouvait jamais être une cause de séparation de corps ou de divorce pas plus qu'elle n'était une cause de nul-

lité de mariage, et cette doctrine a été exposée notamment à propos des deux procès en annulation de mariage examinés plus haut¹.

Par contre il a de bonne heure été admis en jurisprudence que la non-consommation du mariage due à un refus persistant de l'un des conjoints, constituait une injure grave, la même solution étant d'ailleurs admise dans le cas de refus de l'un des époux de continuer à avoir des relations intimes avec son conjoint, alors qu'il a commencé par accomplir le devoir conjugal, car les tribunaux répudient la distinction faite en droit canon entre le *matrimonium ratum* et le *matrimonium consummatum*.

Une décision type à cet égard est celle déjà fort ancienne de la cour de Metz qui, en 1869, prononça la séparation de corps aux torts du mari (le divorce n'existait pas à cette époque), dans une instance ouverte contre lui pour refus de consommer le mariage. La femme demanderesse alléguait notamment « que soit par impuissance naturelle, soit par défaut d'affection et mépris pour sa femme, il s'abstint de toute relation intime avec elle et lui laissa sa virginité », la cour estima que sans qu'il soit nécessaire d'en rechercher la cause une telle abstention constituait une injure grave pour la femme¹.

Cette jurisprudence se maintint et de nombreux arrêts se prononcèrent en ce sens², l'un d'eux admettant même qu'il peut y avoir là un quasi-délit susceptible de donner

1. Besançon, 28 août 1840 et Toulouse, 10 mars 1858, déc. citées.

1. Metz, 25 mai 1869, D. P., 69.2.202, S. 70.2.277.

2. Aix, 7 avril 1876, D. P., 77.2.177, S. 76.2.332; Paris, 19 mai 1879, D. Jur. gén. Sup. Mar., 177, S. 79.2.175; Douai, 29 avril 1884, D. P., 85.2.73; Besançon, 26 juin 1889, D. jur. gén. Sup. Mar., n. 77; Nancy, 18 mars 1894, D. P., 95.2.14, S. 94.2.112.

lieu à des dommages-intérêts au profit de la femme ¹.

Par contre, il a été décidé à l'inverse qu'une injure grave pourrait également résulter de ce que le mari a imposé à sa femme, sans aucuns ménagements, des rapprochements conjugaux ayant déterminé chez elle une maladie sérieuse ; solution extrêmement équitable, car dans l'ancien droit une situation semblable se serait sans aucun doute terminée par l'annulation conjugale pour impuissance, dès lors que par suite de la conformation disproportionnée des époux, l'œuvre du mariage ne peut être pour la femme qu'une souffrance et qu'un danger ².

Cette question de non-consentement du mariage va poser devant la jurisprudence un problème délicat ; celui de la preuve dans le cas où le mari oppose à la demande en divorce ou en séparation de corps de sa femme la faute de cette dernière. Voilà reparues toutes les difficultés que l'on a voulu écarter en rejetant l'impuissance comme cause de nullité de mariage. Recourir à une expertise (solution à laquelle, nous le verrons plus loin, on dut cependant aboutir) n'est-ce pas provoquer au point de vue des mœurs les objections qui ont milité en faveur de la suppression de la procédure du congrès dans l'ancien régime ? Le 2 mai 1892, la cour de Caen, saisie d'un divorce basé sur la non-consommation du mariage, infirme la décision de première instance et rejette la demande de la femme en invoquant le défaut de preuve apportée par celle-ci que cette non-consommation fut due à une faute réelle de son mari. La Chambre des requêtes, le 20 décembre 1892 ³, n'a pas

1. Montpellier, 10 novembre 1897, D. P., 99.2.15.

2. Poitiers, 3 décembre 1894, S. 95.2.36.

3. Req., 20 décembre 1892, D. P., 93.1.149, S. 93.1.306.

admis le pourvoi formé contre cette décision. Dans un remarquable rapport, M. le conseiller Denis, après avoir rappelé la législation du droit canonique sur la non-consommation du mariage, concluait en ce qu'on ne peut voir aucune violation de la loi dans la décision de la cour de Caen, estimant que le fait de la non-consommation du mariage n'était pas de nature à entraîner le divorce à la charge du mari parce que l'on ignore lequel des deux époux s'y est refusé. Le pourvoi était basé sur la violation des articles 213, 231 et 1315 du Code civil. La Cour de cassation a estimé qu'en pareille matière il n'existait aucune présomption à l'encontre du mari pouvant déplacer le fardeau de la preuve et qu'en conséquence, il appartenait à la demanderesse de faire en totalité la preuve des allégations avancées, puisque le fait que la femme avait conservé les attributs physiques de la virginité n'impliquait pas nécessairement les torts du mari, une telle situation pouvant être due au refus persistant de son épouse.

Postérieurement, la Cour de cassation a de nouveau jugé que l'abstention volontaire de la part du mari de remplir le devoir conjugal constitue une injure grave à l'égard de la femme, et que les juges du fond peuvent, sur la demande de la femme, recourir à une expertise médicale sur la personne des deux conjoints ¹.

En ce qui concerne plus particulièrement la non-consommation due à l'impuissance, une certaine évolution se fait jour en jurisprudence ; si, en principe, il est toujours reconnu que l'impuissance non prévue comme cause de divorce par le Code civil ne peut être invoquée

1. Req., 12 novembre 1900, D. P., 01.1.21, S. 01.1.80; Req., 6 avril 1908, D. P. 08.1.240, S. 08.1.344; Req., 17 février 1913, S. 13.1.260.

en elle-même par l'un des conjoints à l'encontre de l'autre pour rompre l'union conjugale¹, cependant, les cours et tribunaux en viennent à admettre que la dissimulation de cet état de la part de l'époux qui en est atteint constitue une injure grave vis-à-vis de son conjoint, que c'est en l'espèce une réticence équivalente au dol, décidant même que l'on ne peut invoquer qu'il s'agit là d'un fait antérieur au mariage et ne pouvant par conséquent servir de base à une demande en divorce, mais que bien au contraire l'injure est concomitante à la célébration nuptiale².

Un arrêt semble même reconnaître à l'impuissance prise intrinsèquement une cause de rupture des liens conjugaux ; il fut jugé, en effet, que la demande en séparation de corps formée par la femme et basée sur la « *prétendue* » impuissance de son mari doit être rejetée lorsque l'impuissance alléguée *n'est pas suffisamment établie et qu'elle a pu n'être que momentanée et accidentelle*, ce qui, par argument *a contrario*, implique l'admission possible de la demande dans l'hypothèse d'une impuissance naturelle incurable³.

Citons encore un jugement du tribunal de Dax qui, dans ses motifs, donne sur cette question tant débattue un exposé complet du point de vue adopté la plupart du temps aujourd'hui en jurisprudence⁴. Il est dit dans cette décision : « Attendu, en droit, que si l'impuissance

1. Grenoble, 13 décembre 1910, D. P. 13. 2. 159, S. 13 2. 313.

2. Orléans, 4 mars 1904, S. 04. 2.301; Req. 25 janvier 1922, S. 22. 1. 152; trib. Roche-sur-Yon, 30 octobre 1923, *Gaz. pal.* 7 décembre 1923; trib. Lille, 27 février 1925, *Gaz. pal.*, 1^{er} mai 1925; Colmar, 26 juin 1928, *Gaz. pal.* table 2^e sem. n° 12 *bis*, p. 59; Colmar, 12 mars 1929, *Revue Alsace-Lorraine*, 1929, 494.

3. Toulouse, 30 janvier 1896, *J. La loi*, 21 mars 1896,

4. Tpi. Dax, 30 novembre 1906, D. P. 07. 2. 135.

du mari n'est pas, par elle-même, une cause de divorce, cette infirmité, lorsqu'elle est connue du mari avant la célébration et lorsqu'elle a été, à ce moment, soigneusement dissimulée à sa future épouse, peut donner lieu à une rupture du lien conjugal ; que cette dissimulation volontaire et réfléchie d'une tare physique constitue une fraude, c'est-à-dire une tromperie et un acte de mauvaise foi que le femme peut, avec raison, considérer comme une injure grave à elle faite. » Le tribunal n'ignorant pas que le gros écueil en s'engageant dans cette voie est la difficulté de prouver l'impuissance, prévoit par avance les objections qu'on peut soulever, c'est pourquoi il continue en ces termes l'exposé des motifs : « ...Mais attendu que si ce principe est indiscutable en droit, la preuve, en fait, que le mari a dissimulé volontairement à sa femme avant la célébration du mariage l'état d'impuissance dont il se savait atteint ne peut être que très difficile à rapporter. » Le tribunal passe alors en revue les différents modes de preuve que l'on peut utiliser en pareil cas, et montre la faiblesse d'une telle procédure, le danger qu'il peut y avoir à recourir à une enquête « dans laquelle les témoins ne rapporteraient en général, que des propos ou confidences émanés des parties intéressées et dénuées par suite de toute valeur probante ; « tout comme à une comparution personnelle des parties en Chambre du conseil où l'on peut craindre que la collusion frauduleuse entre les deux époux conduise en fait à un divorce par consentement mutuel. Cependant, malgré ces critiques, le tribunal estime que, dans l'espèce, une telle éventualité n'est pas à redouter et autorise conformément aux conclusions de la femme demanderesse en divorce, la comparution personnelle des par-

ties sollicitées par elle. (Il est à remarquer que, par une coïncidence curieuse, la décision ci-dessus, favorable au divorce en cas d'impuissance, se trouve rapportée dans le même volume du Dalloz périodique, celui de 1902, où figure un autre arrêt rejétant pour cette même cause d'impuissance une demande d'annulation de mariage déjà examinée. On voit par là combien, en présence d'une telle situation, l'hésitation peut naître sur les procédures à employer et pourquoi les plaideurs ne se font pas faute d'utiliser l'une et l'autre voie, alors que le Code ne prévoit directement ni l'une, ni l'autre).

D'ailleurs, en pareille matière, la jurisprudence moderne est plutôt hostile à la comparution personnelle des époux¹ alors qu'elle autorise volontiers une expertise, c'est le cas d'une affaire où le tribunal, dans les motifs de sa décision, discute longuement les différentes hypothèses qui peuvent se présenter en cas d'impuissance (impuissance *cœundi* ou *fœcundandi*, absolue ou relative, antérieure ou postérieure au mariage²).

Avant de terminer ce paragraphe, signalons encore quelques décisions récentes sur certains faits particuliers. Ainsi, il a été jugé qu'on ne saurait retenir contre une femme mariée le grief d'indifférence et de refus de réintégrer le domicile conjugal sur une sommation, d'ailleurs tardive, alors qu'il résulte des déclarations des parties entendues dans une comparution personnelle que ce refus est motivé par celui persistant du mari de satisfaire au devoir conjugal. De ce fait, l'injure grave est uniquement à la charge du mari, contre lequel le divorce doit être prononcé, et des dommages-intérêts doivent être

1. Poitiers, 1^{re} Ch., 28 janvier 1924, *Gaz. pal.*, 24.1.678.

2. Trib. Pont-l'Evêque, 7 mars 1924, *Gaz. Pal.*, 24.1.679.

alloués à la femme¹ ; d'autre part, il a été reconnu que si une femme demanderesse en divorce allègue que son mari n'a pas accompli le devoir conjugal, c'est là une imputation d'un fait grave qui, en l'absence de preuve, constitue une injure grave de la part de cette femme à l'égard de son mari et que, de même, la prétention opposée de l'époux que si le mariage n'a pas été consommé c'est par la faute de son épouse, il y a également dans cette allégation dénuée de preuve une injure grave à l'égard de la femme. Les allégations non prouvées de l'un et l'autre des époux constituent une injure suffisamment grave pour justifier les demandes en divorce de chacun d'eux².

Un autre jugement statuant sur la question de refus de remplir le devoir conjugal se montre hostile au divorce en cas de vice de conformation et déclare en effet que, pour revêtir le caractère injurieux prévu par la loi, un tel refus de remplir le devoir conjugal doit être volontaire et persistant et se manifester dans des circonstances telles qu'il doit être interprété comme une marque de mépris, et qu'on ne saurait attribuer ce caractère outrageant et injurieux au refus opposé par la femme atteinte d'un vice de conformation qui ne lui permettrait pas d'avoir avec son mari des relations intimes, de subir une opération chirurgicale où sa santé et même sa vie peuvent être exposées³ ; mais, par contre, il a été reconnu que le mari tenu du devoir conjugal commet envers sa femme une injure lorsque, s'apercevant sitôt son mariage

1. Rennes, 29 mars 1928, Rec. Rennes, 1928, 210, *Gaz. Pal.* Table 2^e sem., n° 12 bis, p. 59.

2. Trib. Bourges, 5 juillet 1928, *La Loi*, 19 janvier 1929, *Gaz. Pal.*, rec mens. des somm. avril 1929, p. 63.

3. Trib. Havre (2^e Ch.), 9 juillet 1926, *Gaz. Pal.*, 26.2.588.

qu'il est atteint d'impuissance, il refuse de se soumettre à un traitement approprié qui pourrait lui redonner la virilité que sa femme est en droit d'attendre de lui, ne consentant même pas à subir un examen médical ¹.

Enfin, sur cette question du refus de devoir conjugal par la femme vis-à-vis du mari, il a été jugé récemment qu'en raison de l'âge des époux (en l'espèce il s'agissait d'un mari de 61 ans et d'une femme de 48 ans), la femme peut considérer que le ménage n'est qu'une simple association d'intérêts pécuniaires et moraux et n'est pas destiné à satisfaire des appétits d'ordre sexuel ; que, dès lors, le refus par elle du devoir conjugal ne constitue pas une injura grave à l'égard du mari ².

§ 2. — DISSIMULATION FRAUDULEUSE DE L'UN DES ÉPOUX A L'ENCONTRE DE L'AUTRE

La non-consommation du mariage, due ou non à l'impuissance, n'est pas la seule hypothèse donnant ouverture à demande en divorce (ou séparation de corps), alors qu'une demande en nullité de mariage pourrait aussi bien se concevoir ; en effet, la même situation se rencontre dans tous les cas où l'injure grave invoquée par l'un des époux repose sur une dissimulation frauduleuse de son conjoint pouvant altérer sa personnalité morale, dissimulation sans laquelle le mariage n'aurait pas été conclu, dissimulation produisant aux yeux de celui qui s'en trouve victime une erreur sur les qualités essentielles de la personne de son conjoint ; suivant que

1. Caen (1^{re} Ch.), 10 mai 1926, S. 26.2.62, *Gaz. Pal.*, 26.2.120.

2. Trib. Lyon, 13 juin 1929, *Mon. jud. Lyon*, 31 décembre 1929, *Gaz. Pal.*, rec. mens. des somm., février 1930, p. 20.

l'on considère le fait du premier point de vue ou du second, on peut tour à tour demander le divorce ou chercher à faire annuler le mariage.

C'est ainsi que le refus de célébration religieuse du mariage, émanant de la part d'un conjoint contrairement à ce qu'escomptait l'autre, rejeté comme cause d'annulation de mariage¹, est admis comme pouvant justifier une demande en divorce tant d'après la jurisprudence française la plus récente que d'après la jurisprudence belge². De même, à une époque où le divorce n'était pas autorisé, la séparation de corps fut prononcée pour ce motif par la cour d'Angers qui vit une injure grave dans l'attitude du mari à l'égard de son épouse, injure grave portant « en même temps atteinte à sa dignité de femme et à sa liberté de conscience...³ ».

Ce système fut proclamé à nouveau par la cour de Rouen dans un arrêt postérieur disant : « Attendu que l'un des époux était, en se mariant, fondé à espérer que la bénédiction nuptiale lui serait donnée, il y a injure grave de la part de l'autre époux à s'y refuser, d'abord parce qu'il viole une promesse expresse et tacite et, en deuxième lieu, parce qu'il force son conjoint à vivre dans un état qui froisse ses convictions religieuses et trouble sa conscience...⁴ »

Pour les autres cas de dissimulation frauduleuse, portant par exemple sur un état d'inconduite antérieure au mariage, la jurisprudence s'est heurtée à ce grand principe, déjà discuté à propos de l'impuissance, que l'injure

1. Montpellier, 4 mai 1897, déc. cit. au chap. préc.

2. Bruxelles, 17 juillet 1889, déc. cit. au chap. III.

3. Angers, 29 janvier 1859, D. P., 60.2.96.

4. Rouen, 29 avril 1910, S. 11.2.37.

grave prévue comme cause de divorce ne peut s'entendre que d'un fait postérieur à la célébration du mariage, la loi ayant voulu sanctionner par ce moyen les manquements aux devoirs et obligations qui naissent du mariage, ce qui laisse en dehors les fautes commises à une époque où, de toute évidence, aucune infidélité conjugale ne pouvait apparaître. Plusieurs cours d'appel se sont prononcées nettement en ce sens, car « la lettre, aussi bien que l'esprit de la loi, précise à ce propos un arrêt de Bordeaux, conduisent nécessairement à cette interprétation de l'article 231 du Code civil ; le texte, parce qu'aux termes dudit article qui ne distingue pas les injures graves aussi bien que les sévices et les excès ne peuvent motiver une demande en divorce que si elles émanent *de l'un des époux envers l'autre* (ce qui implique la préexistence d'un mariage célébré) ; l'esprit, parce que, selon l'expression de Portalis, c'est la violation des devoirs que le mariage impose qui justifie la dissolution du lien conjugal et qu'on ne peut pas dire que celui qui n'est pas marié a violé des engagements qu'il n'a pas encore pris¹ ».

La jurisprudence dut cependant apporter des adoucissements à cette interprétation, en droit évidemment la seule exacte, de l'article 231 du Code civil, mais estimée par elle trop rigoriste à l'égard de faits graves pouvant compromettre sans espoir de réconciliation la bonne harmonie conjugale ; aussi un arrêt propose cette restriction : « Considérant que si les fautes des époux antérieures au mariage ne peuvent, en principe, servir de base à une action en divorce, il en est autrement lorsque

1. Bordeaux, 1^{er} décembre 1913, S. 14.2.199 ; Dijon, 19 février 1890 S. 90.2.111.

des fautes ont été de nature à entraîner des conséquences inévitables et injurieuses pour l'autre époux au cours même du mariage¹. » Il s'agissait, en l'espèce, d'une faute commise par la femme avant son mariage avec un parent qui l'avait sous sa garde et par les soins duquel son mariage avait été préparé, de telle sorte que cette faute devait véritablement se perpétuer par suite des fréquentations résultant d'un voisinage immédiat.

La situation pour laquelle une dissimulation frauduleuse risque le plus de briser la vie conjugale est, sans conteste, celle qui porte sur une grossesse dont l'origine est antérieure au mariage et due aux relations avec un autre que le nouvel époux. Primitivement, un jugement avait même reconnu là un cas d'annulation de mariage pour erreur sur la personne², ce qui fut formellement rejeté par une autre décision récente ainsi que nous l'avons vu³. Le divorce, par contre, devait-il être autorisé ? Non, si l'on envisage une application rigoriste des principes régissant les causes de divorce ; en effet, il ne s'agit pas là d'une cause péremptoire, car le Code est muet à cet égard et, en tant qu'injure grave, reste l'objection signalée tout à l'heure, qu'il s'agit d'un fait antérieur au mariage, c'est ce qui ressort en particulier d'une décision du tribunal de Cambrai⁴. Cependant, la jurisprudence, en général, se montre favorable dans ce cas à la demande en divorce⁵.

1. Lyon, 4 août 1891, D. P., 92.2.219.

2. Trib. Chaumont, 9 juin 1858, déc. cit.

3. Trib. Rochefort, 26 avril 1926, déc. cit.

4. Trib. Cambrai, 28 mars 1888, D. P., 88.5.165.

5. Trib. Bar-sur-Aube, 6 décembre 1902, S. 03.2.52; trib. Seine, 3 janvier 1890, *Journ. Le Droit*, 19 avril 1890; trib. Seine, 15 novembre 1897, *Gaz. des trib.*, 12 décembre 1897; trib. Cambrai, 20 juin 1897, *Journ. La loi*, 10-11 octobre 1887; trib. Dijon, 28 juillet 181, *Journ. La Loi*, 23 octobre 1891; Alger, 13 décembre 1897, *Gaz. Pal.*, 31 mars 1898.

La même difficulté s'est présentée devant les tribunaux des pays étrangers appliquant notre Code civil ; ainsi en Allemagne, tandis que le tribunal d'Empire, en 1884, décida que le Code civil français ne permettait pas d'admettre le divorce pour grossesse de la femme due à des relations coupables antérieures au mariage¹, le tribunal de Colmar, quelques années plus tard, se prononça en sens contraire, motivant par des arguments basés sur une fausse interprétation de l'article 232 la solution adoptée : « Cela résulte, dit-il, en particulier, des textes qui exigent pour seule condition du divorce, la découverte postérieure à la célébration du mariage des faits qu'ils signalent, spécialement de l'article 232, qui admet comme cause du divorce certaines condamnations prononcées contre l'un des époux alors même que cette condamnation est prononcée pour des faits antérieurs au mariage... Si l'on consulte les expressions dont s'est servie la loi, on est conduit à remarquer que l'article 231 ne prévoit que les cas les plus usuels, c'est-à-dire les actes dont la cause et l'effet se produisent en même temps ou tout au moins se produisent l'un et l'autre dans le cours du mariage. La question qui s'élève dans l'espèce n'est donc pas tranchée par la loi ; elle doit en conséquence être résolue par l'application du droit commun et des règles de la logique²... »

L'allusion faite par l'arrêt de Colmar au divorce basé sur l'article 232 (condamnation de l'un des époux à une peine afflictive ou infamante) nous amène à envisager en dernier lieu un autre cas de dissimulation frauduleuse, celui d'une condamnation criminelle grave anté-

1. Trib. d'Empire d'Allemagne, 9 mai 1884, S. 86.4.5.

2. Trib. sup. de Colmar, 9 mars 1898, S. 99.4.20.

rieure au mariage. Nous avons vu dans le chapitre précédent que la Cour de cassation, en 1862, dans le cas d'un ancien forçat, avait, statuant toutes Chambres réunies, refusé de voir là un cas d'erreur sur la personne¹. Peut-il y avoir là un cas de divorce ? Même controverse que pour le cas de grossesse de la femme, et même tendance dans l'état actuel à défaut d'annulation de mariage à prendre une solution identique, car, sans aucun doute, une découverte semblable fera naître dans le ménage une discorde irrémédiable ; on cite généralement en ce sens un arrêt d'Anvers voyant dans cette dissimulation une injure grave².

§ 3. — RELATION ENTRE LES DEUX VOIES DE PROCÉDURE :
DEMANDE EN NULLITÉ DE MARIAGE ET DEMANDE EN DIVORCE.

Avant d'aborder l'étude de la doctrine, il nous reste à examiner, puisque certains faits furent invoqués en justice comme causes d'annulation de mariage et comme causes de divorce, quelle relation existe entre ces deux sortes de procès.

L'annulation de mariage et la dissolution de celui-ci par le moyen du divorce constituent, en effet, deux voies de procédure entièrement distinctes, à la différence de la séparation de corps et du divorce qui peuvent chevaucher dans un même procès (le défendeur en divorce ayant formé à son tour une demande reconventionnelle en séparation de corps) ou se succéder en cours d'instance (le demandeur ayant converti sa demande en séparation de corps). Le simple exposé de ce fait laisse entre-

1. Ch. réunies, 24 avril 1862, déc. cit.

2. Trib. d'Anvers, 27 mai 1875, Dalloz Suppl. du rép., t. V, p. 340, n° 2.

voir un certain nombre de difficultés que nous allons passer en revue.

Les tribunaux qui, nous l'avons vu, ont été saisis tour à tour de demandes en nullité de mariage ou de demandes en divorce basées sur le même fait, sont obligés d'admettre ou de rejeter la demande telle qu'elle leur est soumise et si, par exemple, ils estiment qu'un fait invoqué comme cause de divorce est au contraire une cause de nullité de mariage, ou inversement, ils sont obligés de rejeter la demande, pouvant tout au plus, comme nous l'avons constaté, indiquer dans les motifs de leur décision leur avis sur la question. En effet, les tribunaux, en vertu des principes fondamentaux de procédure, sont liés par la demande des parties (c'est ainsi d'ailleurs que saisis simplement d'une demande en divorce, ils ne peuvent prononcer la séparation de corps ou inversement) sous peine de voir leurs décisions cassées par la Cour suprême pour cause d'*ultra petita*. Il est donc extrêmement important, avant d'engager le procès, de savoir si la cause invoquée constitue aux yeux des juges une cause de nullité de mariage, ou une cause de divorce, car la demande rejetée sur une base il faut recommencer entièrement un nouveau procès sur l'autre, ce qui entraîne non seulement une perte de temps, mais aussi un doublement des frais à engager.

Il se peut d'autre part qu'une demande en nullité de mariage soit formulée par un conjoint en réponse à une demande en séparation de corps ou en divorce émanant de l'autre, tout comme, à l'inverse, une demande en divorce peut intervenir en réponse à une demande en nullité. Quelle sera l'influence réciproque de ces deux demandes ? Strictement elles devraient s'ignorer l'une l'autre et coexister tout comme dans le cas d'un parti-

culier qui soutient à la fois deux procès contre une même personne, mais en fait il ne peut en être ainsi car, si les deux demandes ne sont pas basées sur le même motif, on pourrait aboutir à l'adoption tout à la fois d'une annulation de mariage et d'un divorce, ce qui, étant donnée la différence d'effets de ces deux solutions, ne peut se concevoir. Aussi, tant que la nullité d'un mariage n'a pas été invoquée, l'action en divorce peut évidemment être mise en mouvement, mais cette action doit être suspendue dès qu'est formulée une action en nullité ; c'est ce qui a été jugé par le tribunal de la Seine¹.

Cette solution est seule exacte ; en effet, si le mariage est susceptible d'être déclaré inexistant, comment pourrait-on demander à le dissoudre ? Il faut donc, au moment où l'action en divorce est introduite, que l'action en nullité ne le soit pas encore ; au moment où l'action en nullité apparaît, que l'action en divorce préexistante s'arrête, et cela tant que le procès en divorce ne sera pas entièrement terminé, c'est-à-dire jusqu'à la transcription, la rétroactivité de la nullité, une fois celle-ci prononcée, devant, sauf le cas de mariage putatif, remonter à tous égards jusqu'au jour de la célébration du mariage. On doit également faire cette remarque que, tandis que la mort d'un des conjoints survenue au cours d'un procès en divorce y mettrait fin, il n'en serait pas de même de l'action en nullité qui devrait se poursuivre.

1. Trib. Seine, 16 juillet 1887, *Gaz. des trib.*, 18 août 1887.

CHAPITRE VI

Etat de la doctrine en face de cette Jurisprudence

§ 1. — DE L'UNION CHARNELLE DES ÉPOUX DANS LE MARIAGE

I. — *Remarques préliminaires*

L'incertitude et la diversité des opinions constatées en jurisprudence sur les questions faisant l'objet de notre étude se retrouvent dans la doctrine où de nombreux systèmes rivalisent pour trouver un remède à ces sortes de situation. Le rôle, de toute première importance, joué par l'union charnelle des époux dans le mariage, sert d'unique base aux procès pour identité de sexe, impuissance, non-consommation du mariage, refus de devoir conjugal, dont nous venons de parler ; les auteurs de droit civil se sont donc préoccupés, peut-être plus encore que les cours et tribunaux, de ce côté réaliste de notre droit matrimonial.

L'opinion des auteurs de l'ancien droit, malgré leur autorité et leur compétence, n'a plus aujourd'hui la même valeur ; en effet, en déclarant, comme Pothier, que l'impuissance est un empêchement formel de mariage productif de nullité, ils ne font que s'incliner devant la législation en vigueur, puisque le droit canonique, créa-

teur de cet empêchement, avait alors une valeur légale.

Mais le droit révolutionnaire détruisit cette construction, si bien que les rédacteurs du Code civil se trouvèrent fort embarrassés, ne sachant que décider à l'égard de l'impuissance, du rôle de la consommation dans le mariage.

Aux yeux de Portalis, l'union physique des époux est une chose essentielle ; néanmoins il reconnaît des inconvénients à adopter l'impuissance comme empêchement au mariage.

Napoléon lui-même prenant part aux discussions préliminaires à l'élaboration du Code civil, le 16 vendémiaire (an X), aurait voulu, au contraire, que l'impuissance, à défaut d'être rangée comme cause d'annulation de mariage, fût du moins reconnue un motif péremptoire de divorce. Il est assez rare d'ailleurs de voir l'Empereur intervenir directement et donner son avis personnel pour la rédaction du Code civil, mais l'intérêt tout particulier que Napoléon portait à cette question s'explique ici par sa vie privée ; il est, en effet, hors de doute qu'un des motifs profonds en fait, sinon invoqué en droit, de la répudiation de l'impératrice Joséphine, fut la stérilité de cette union.

L'opinion de l'empereur ne prévalut pas et il s'inclina finalement devant la thèse adverse soutenue avec chaleur par Tronchet et Portalis, (14 brumaire, an X). L'impuissance ne fut mentionnée ni à propos du mariage, ni à propos du divorce. C'est seulement au titre de la paternité et de la filiation qu'il est parlé de cette infir-

1. Voir en particulier sur cette question, D. P., 1904.1.395 avec les conclusions de M. le Procureur général Baudouin dans l'arrêt civ. 6 avril 1903 et surtout Loçrè, *Législ. civile, com. et crim. de la France*, t. V et VI.

mité ; l'impuissance naturelle est écartée des cas de désaveu de paternité, par l'article 313, paragraphe 1, alors que l'impuissance accidentelle (désignée comme impossibilité physique de cohabiter par l'effet de quelque accident) est tout au contraire admise par l'article précédent.

II. — *Hypothèse de la nullité de mariage.*

Le Code une fois en vigueur, ses commentateurs furent tous d'accord pour reconnaître que, bien que non explicitement formulée, la différence de sexe était de toute évidence une condition d'existence essentielle du mariage, à défaut de laquelle celui-ci était frappé d'une nullité absolue, bien plus, d'inexistence disent même la plupart des auteurs, tant anciens que modernes ¹.

Mais les divergences d'opinions réapparaissent quand il s'agit d'examiner la question de l'impuissance telle qu'elle résulte du Code civil. Est-ce un empêchement à mariage ? Est-ce seulement une fois le mariage célébré, une cause de nullité ? Voilà, d'après M. Demolombe ², les deux points de vue auxquels il importe de se placer. Le premier ne fait d'ailleurs à ses yeux aucune difficulté. L'impuissance n'est certainement pas un empêchement dirimant ou même prohibitif de mariage puisque le Code civil ne l'a point édicté. Ce premier point étant admis, il pourrait sembler, à première vue, que la question est ainsi définitivement tranchée et que la doctrine va considérer l'impuissance sans aucune influence sur la vali-

1. En ce sens Demolombe, Zacchariae et Laurent, Aubry et Rau, Planiol et Ripert, etc...

2. Demolombe, *Traité du mariage*, t. I, p. 16 et suiv., n 12.

dité du mariage. Il n'en est rien. Certains auteurs, comme MM. Zachariæ et Laurent, s'appuyant sur la thèse de l'inexistence en cas d'identité de sexe, se montrent partisans d'appliquer la même solution en cas d'impuissance, sous prétexte qu'un homme impuissant ne serait pas un homme. M. Laurent du reste ne faisant guère sur ce point que de reprendre l'avis de M. Zachariæ émet des doutes sur la valeur d'un tel système en présence du silence significatif du Code ¹.

Une deuxième opinion professée en particulier par MM. Toullier et Duvergier ², par Duranton ³, prend comme base les articles 312 et 313 du Code civil, bien qu'il s'agisse ici d'une tout autre matière : la filiation, et distingue comme eux l'impuissance naturelle et l'impuissance accidentelle. La première ne pouvant jamais être invoquée, même en cas de vice de conformation apparent, tandis qu'au contraire l'impuissance accidentelle, cause de désaveu, serait aussi cause de nullité. Le système, vraiment illogique, est le fruit d'une confusion regrettable entre deux matières indépendantes l'une de l'autre, ce qui explique le peu de succès qu'il obtient.

M. Marcadé va plus loin et soutient même que « si l'impuissance n'est pas un empêchement par elle-même, elle rentre dans une cause d'empêchement plus général, prévue par l'article 180 (erreur sur la personne dont nous parlerons en détail au paragraphe suivant). D'après ce principe, l'impuissance formera empêchement de mariage et sera un moyen d'annulation aussi bien quand elle sera naturelle, c'est-à-dire quand elle consistera dans

1. Laurent, *Principe du Droit civil français*, t. II, Du Mar. p. 343, n. 271.

2. Toullier, *Le droit civil français suiv. l'ordre du Code civ.*, 1^{er} liv. 1, Des per., t. V, du Mar., sec. 2, p. 444.

3. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. II, n° 67-71.

un vice de conformation apporté en naissant, que quand elle sera accidentelle et quand elle résultera d'un événement postérieur à la naissance ¹.

M. Demolombe, traitant de la question, voit également dans l'impuissance une cause d'annulation, mais à la condition qu'elle soit antérieure au mariage, manifeste et externe ; et il envisage à ce point de vue l'erreur sur les qualités de la personne ². De plus, prévoyant lui-même l'objection que l'on peut élever eu égard à la difficulté de preuve, le savant professeur émet l'avis de recourir à une expertise médicale ou à défaut de ce mode d'investigation, peu à recommander, estime-t-il cependant, à tous autres modes de preuve prévus par nos lois (enquête comparution personnelle des parties, etc...)

M. Demante ³ aboutit à la même conclusion, reprise tout récemment par MM. Planiol, Ripert et Rouast dans leur nouveau traité pratique de droit civil ⁴. Ce système a le grand mérite de tendre à mettre en harmonie tout à la fois l'intérêt des parties et les dispositions de notre Code par une interprétation libérale de ce dernier. Malheureusement la jurisprudence n'a pas admis cette manière de voir et c'est pourquoi une partie de la doctrine se prononce différemment.

Beaucoup d'auteurs, en effet, déclarent que l'impuissance n'étant pas prévue dans le Code n'est pas plus une cause de nullité de mariage qu'elle n'est un empêchement ; dans ce sens on peut citer MM. Aubry et Rau,

1. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 6^e édit., t. I, t. V, du Mariage, appendice au chap. IX, VII, p. 392.

2. Demolombe, *op. cit.*, t. I, p. 406 et suiv.

3. Demante, *Cours analytique de Code civil*, t. I, titre 8, Du mar., chap. I, p. 325.

4. Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n. 104, p. 91 et suiv.

Baudry-Lacantinerie¹. Remarquons cependant qu'aujourd'hui le rejet de l'impuissance comme cause de nullité de mariage est considéré uniquement comme une solution adéquate à nos lois en vigueur, sans pour cela être approuvé du point de vue moral et social. En somme cette dernière solution aboutit à une opposition brutale entre le cas d'identité de sexe (inexistence ou nullité absolue de mariage) et l'impuissance (sans influence). *Quid* dans les cas extrêmes ou l'impuissance voisine avec l'identité de sexe ? Envisageant cette hypothèse un peu spéciale à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 avril 1903, M. Wahl, dans une note rapportée au bas de cet arrêt dans le Sirey², critique vivement tant notre législation en la matière que la solution admise en l'espèce par la Cour suprême dans l'espèce qui lui était soumise. L'éminent professeur, avec juste raison, se montre favorable à une interprétation large de la jurisprudence et il conclut même : « Il faut détruire les unions ne donnant pas aux époux les satisfactions matérielles sur lesquelles ils comptaient excusant à leurs propres yeux les dérangements de toute nature. »

III. — *Hypothèse de l'injure grave*

Sur le terrain de la séparation de corps et du divorce, la doctrine, plutôt laconique, n'a fait qu'adopter l'attitude prise par la jurisprudence dans le cas de refus volontaire de consommation du mariage, admis comme une injure grave. Mais il n'en est pas de même à l'égard

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, p. 101; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, p. 321 et suiv.

2. S. 1903, déc. citée au chap. IV.

de ce courant d'opinions des cours et tribunaux, qui cherchent à faire de la non-consommation du mariage, du refus de devoir conjugal *pris en lui-même*, une cause de dissolution ou de relâchement des liens conjugaux. Nous vîmes comment l'impuissance, même antérieure au mariage, put être invoquée à l'appui d'une demande en divorce en cas de dissimulation frauduleuse de la part du conjoint qui en est atteint. La doctrine s'est montrée fort hésitante à entrer dans cette voie, car il en résulte une grave entorse à ce principe que seuls des faits postérieurs à la célébration du mariage doivent être invoqués, faits devant être basés sur un manquement volontaire, et non pas forcé, aux devoirs qu'impose la vie conjugale. Les auteurs se bornent généralement à déclarer que l'impuissance en elle-même ne peut être une cause de divorce s'il n'existe des circonstances injurieuses de fait soumises à la libre appréciation des magistrats.

MM. Baudry-Lacantinerie et Fourcade ne voient dans la non-consommation du mariage une cause de divorce, non péremptoire d'ailleurs, que si des conditions injurieuses sont nettement établies et si certains faits, parmi lesquels ils admettent l'impuissance naturelle, un vice de conformation chez la femme ou chez l'homme, ne justifient pas une telle attitude¹.

MM. Colin et Capitant critiquent également notre jurisprudence en matière d'impuissance, estimant qu'on ne devrait pas faire résulter la rupture du mariage sous forme de divorce, des faits que la loi a refusé d'admettre comme causes de nullité².

L'attitude générale de la doctrine sur les questions que

1. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, t. III, 48, 8, p. 32.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, p. 210.

nous venons d'étudier se caractérise par son libéralisme et son indépendance à l'égard du mouvement jurisprudentiel. Mais la doctrine se heurte ici à la difficulté considérable en l'état actuel de nos textes législatifs de trouver une solution qui satisfasse à tous points de vue les auteurs de droit.

§ 2. — DES CAS D'ERREUR GRAVE D'UN CONJOINT
VIS-A-VIS DE L'AUTRE

I. — *Hypothèse de la nullité de mariage*

A cet égard encore la doctrine sur le terrain de la nullité de mariage, est loin d'être uniforme ; les opinions les plus diverses ont été émises ; les uns interprétant les mots de l'article 180 « erreur dans la personne » *sticto sensu* et les autres au contraire cherchant avant tout à tenir compte de l'intérêt des parties en cause.

La rédaction de cet article 180, paragraphe 2, avait donné lieu à de vives controverses parmi les juristes de l'époque sur le point de savoir quelle extension on devait donner à l'admission de la nullité pour erreur, si l'on devait employer les mots erreur *sur* la personne ou erreur *dans* la personne, ou si l'on devait, comme le proposait la Cour de cassation, remplacer dans la phrase le mot *personne* par le mot *individu*. Il est évident qu'en employant les termes « erreur sur l'individu », le Code aurait rendu plus difficile le travail d'interprétation juridique qui se fit jour dans la doctrine ¹.

D'après un premier système, la seule erreur prévue par

1. Voir sur cette question Fenet, *Recueil complet des travaux prép. du Code civ.*, t. IX, p. 43 à 55.

le Code dans l'article sus-visé serait l'erreur portant uniquement sur la personne physique, ce qui suppose au moment du mariage le fait romanesque sinon vraisemblable de substitution d'une personne à une autre (Pierre épousant Jeanne croyant engager sa foi avec Marie) c'est ce qu'enseignent en particulier MM. Malleville et Laurent¹.

De même, on a voulu ranger dans cette catégorie Zachariæ, et ses annotateurs, MM. Aubry et Rau, écrivant en effet que la loi « en n'ouvrant une action en nullité que pour erreur dans la personne nous paraît avoir écarté comme insuffisante toute erreur qui ne porterait que sur des qualités sociales ou civiles et, à plus forte raison, sur une qualité physique ou morale² ». Les auteurs revendiquent comme un précurseur de leur thèse le civiliste de l'ancien régime Pothier. Peut-on déduire avec certitude que Pothier approuverait ce système ? Les opinions émises par lui remontent en effet à une époque où notre législation matrimoniale avait une autre base et admettait alors nombre d'empêchements à mariage aujourd'hui supprimés (impuissance, *dispar cultus*, prêtrise, vœu de chasteté).

Un deuxième système prétend que l'article 180 du Code civil vise l'erreur sur la personne civile causée, par exemple, par suite d'une usurpation d'état civil imaginaire. Cette théorie est celle de la généralité des auteurs suivant en cela l'exemple de la jurisprudence. MM. Aubry et Rau semblent l'adopter, mais en envisageant seulement le cas où l'erreur sur la personne civile a été la

1. Laurent, *op. cit.*, p. 375 et suiv.

2. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, p. 462.

cause déterminante du consentement de l'autre époux¹. Interpréter dans le sens de l'erreur civile les termes de l'article 180 est chose logique ; l'erreur sur la personne physique, en effet, va jusqu'à entacher le mariage du défaut de consentement et l'article 180 resterait sans objet ; enfin les termes mêmes de cet article où figure le mot « personne » éveillant une notion juridique, et non pas le mot « individu », synonyme d'être physique, rendent évidente cette explication. (Signalons à ce propos la thèse singulière émise en 1862 à l'appui du pouvoir contre l'arrêt de la cour de Paris au sujet du fameux procès du forçat libéré étudié précédemment : l'avocat de la femme, M^e Rendu, était d'avis de ne faire tomber sous l'application de l'article 180 que l'erreur affectant la personne civile sans usurpation d'état civil, cette usurpation ne pouvant se réaliser qu'au moyen d'un faux et alors le mariage serait nul comme reposant sur un acte entaché de faux.)

Doit-on s'en tenir là et ne peut-on pas, alors que l'erreur sur les qualités substantielles vicie le consentement en matière de contrat, adopter la même solution pour le mariage ? La réponse affirmative va donner naissance à un nouveau problème : que faut-il admettre comme qualités substantielles ?

Dans une première opinion, il y aurait matière à appréciation pour les tribunaux et ceux-ci, dans chaque cas, auraient à rechercher l'influence plus ou moins grande de l'erreur sur l'époux trompé. Thibeaudeau disait que dans l'ordre social les individus ont des qualités essentielles qui les personnalisent et que, si, croyant

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, p. 462.

épouser un individu ayant ces qualités, on en épouse un autre qui ne les a pas, il y a certainement erreur de personne ; Tronchet pensait de son côté que l'erreur dépend de circonstances qui se diversifient à l'infini, tellement que la loi ne peut toutes les embrasser et doit poser le principe sans déterminer le cas où il y a erreur.

M. Marcadé est un des plus ardents partisans de la thèse qui voit dans l'article 180 la reconnaissance de l'erreur sur les qualités de la personne. Il invoque à ce sujet les propos tenus par l'empereur Napoléon lui-même lors des discussions sur l'élaboration du Code civil, disant aux conseillers : « Souvenez-vous de ce que vous avez dit sur les nullités. L'erreur de qualité que vous appelez erreur de personne, produit la nullité du mariage¹. »

M. Marcadé n'admet pas cependant qu'une erreur quelconque puisse être invoquée, il faut une erreur suffisamment grave, pour qu'elle puisse apporter un trouble profond dans la vie conjugale : « Pour briser un contrat aussi sacré que le mariage, il faut une erreur dont l'objet soit d'abord profondément grave et qui, de plus, réside en l'individu lui-même. Ainsi l'impuissance certaine et telle qu'elle s'appose à la consommation même du mariage, la prostitution publique d'une fille qu'on croyait pure, un vœu solennel de continence de la personne alors que l'autre conjoint est catholique, l'état de forçat libéré de l'homme qu'on a cru honorable, seraient de justes causes d'annulation. » Cet auteur se rapproche d'ailleurs sensiblement de la première opinion étudiée donnant un large pouvoir aux tribunaux pour décider si l'on doit ad-

1. Voir note sous arrêt de Paris, 14 février 1860, D. P., 60.2.87.

mettre ou non la demande en nullité. Il déclare en effet : « Du reste, on comprend que les circonstances diverses de chaque affaire devront exercer une grande influence sur la décision. » Pour conclure : « Tout est laissé ici à l'appréciation des magistrats ² ».

Quant à M. Bressolles, il admet l'erreur sur les qualités de la personne uniquement lorsqu'il est établi que cette erreur a été la cause déterminante du mariage, que cette erreur porte bien sur la substance même du contrat ; il s'exprime ainsi à cet égard : « Quoique l'erreur sur les seules qualités personnelles sociales ou morales n'entraîne pas ordinairement la nullité du mariage qui en a été la suite, nous croyons que, par *extraordinaire* et lorsqu'il est clairement prouvé que l'existence de ces *qualités* a été déterminante du contrat, ou bien qu'elles en forment la substance, l'erreur à leur sujet peut amener, en certains cas, l'annulation du mariage ³.

Pour M. Demolombe la question de savoir ce qui constitue une erreur sur les qualités de la personne est une question de fait, solution la meilleure à son avis, et présentant beaucoup d'avantages : « C'en est un, et très grand à mon gré, écrit-il, que de ne pas trancher d'une manière trop absolue des questions qui dépendent nécessairement beaucoup des mœurs, des idées, des croyances qui peuvent régner dans la société à ses différentes époques, de ne pas leur faire violence et de ne pas engager aveuglément contre de telles instances une lutte toujours périlleuse. » Parmi les cas d'erreur pouvant baser une action en nullité il envisage en particulier (outre l'im-

1. Fenet, *Rec. complet des trav. prép. du Code civil*, t. IX, p. 261.

2. Marcadé, *op. cit.*, t. I, titre 5, Du mar., art. 180, V, p. 449 et 450.

3. Bressolles, *Revue de lég. civ.*, 1846, p. 152.

puissance manifeste antérieure au mariage), le fait du forçat libéré épousant une jeune fille ignorante de cette situation, l'union d'un ex-prêtre avec une catholique¹. Dans une note sous le Sirey², M. le professeur Rousseau semble adopter l'avis de M. Demolombe. M. Demante cherche à établir un critérium, mais celui qu'il propose est bien vague, laissant beaucoup à l'appréciation des tribunaux, car pour lui, l'erreur, cause de nullité, est seulement celle qui porte sur les qualités rendant l'individu habile au mariage et en faisant une personne mariable³.

M. Toullier, pour que l'erreur sur les qualités soit admise, exige qu'elle renferme l'erreur sur la personne, « L'erreur sur la qualité renferme l'erreur sur la personne, dit-il, lorsqu'il paraît, par les circonstances, que c'est la qualité seule qui a déterminé la volonté de l'autre époux, que cette qualité était la condition tacite sans laquelle il n'eût pas contracté. » Il cite en exemple le cas d'un prince demandant en mariage la fille d'un autre prince héritière de la principauté ; les parents envoient la cadette et le prince l'épouse croyant épouser l'aînée (qu'il ne connaissait pas). Enfin pour Toullier, le dol personnel d'un conjoint peut vicier le consentement lorsqu'il a pour résultat d'induire l'autre en erreur⁴.

M. Huc établit une distinction entre ce qu'il appelle les qualités et les attributs de la personne. D'après lui les attributs seraient des propriétés ou manières d'être de la personne existant ou n'existant pas, mais qui ne seraient susceptibles ni de plus ni de moins. Les qualités suivent

1. Demolombe, *op. cit.*, t. I, p. 393.

2. Trib. Seine, 9 avril 1918, *décis. cit.*

3. Demante, *op. cit.*, t. I, Du mar. art. 18, p. 358, n° 262 *bis*.

4. Toullier, *Le droit civil suiv. l'ordre du Code civil*, t. I, livre I, Des personnes, titre 5, Du mar., sect. 2, p. 438.

au contraire certaines modifications. Or, la présence des attributs dans toutes personnes est tellement naturelle qu'elle est toujours présumée ; ces attributs seraient l'état civil qui rattache l'homme à une famille, la nationalité qui le rattache à un pays, la religion, la faculté d'engendrer et, dans le milieu actuel, la laïcité ou liberté de tout engagement religieux. L'erreur sur un de ces attributs ferait obstacle à la validité du mariage à moins que les circonstances de fait ne démontrent que l'attribut sur lequel on s'est trompé était indifférent. L'erreur sur les qualités, sans influence sur la validité du mariage, s'entend au contraire de celles qui se réfèrent à la santé, à la fortune, à la vertu, à la probité.

M. Huc cherche ensuite à démontrer qu'une telle conception est empruntée au droit canonique et cet auteur observe que les quatre sortes d'erreur distinguées par cette législation, suivant qu'elles portent sur la personne physique, la condition sociale, la fortune et les qualités pouvaient se réduire à deux : l'erreur sur l'identité et l'erreur sur les qualités. Tandis que dans le premier cas le consentement est nécessairement vicié, il n'en est ainsi dans le second qu'autant que la qualité envisagée était substantielle ou essentielle ; on parlait alors d'erreur en *personam* d'où, dans notre Code, les mots « erreur dans la personne », erreur portant un élément qu'on avait cru exister dans la personne alors qu'il n'y était pas. Quant aux qualités secondaires, l'erreur portant sur elles demeurerait sans effet. Tel est dans ses grandes lignes l'ingénieux système envisagé¹. Le grand reproche qu'on peut lui faire c'est de donner une interprétation erronée

1. Huc, *op. cit.*, t. II, n° 75 et suiv.

du droit canon en la matière, ainsi que l'ont démontré MM. Baudry-Lacantinerie et Houque-Fourcade dans leur traité de droit civil ².

MM. Planiol, Ripert et Rouast, cherchent à leur tour à donner un critérium permettant de limiter le nombre des qualités substantielles pouvant influencer sur la validité du mariage. Pour agir ainsi ils partent de la notion de motifs déterminants, seule prise en considération aujourd'hui à l'égard de l'annulation des contrats par erreur, en restreignant d'ailleurs la théorie contractuelle en raison des caractères propres du mariage, et ils concluent : « Les seuls motifs déterminants que l'on pourra invoquer sont ceux dont il est possible au juge de présumer le caractère parce qu'ils ont presque toujours ce caractère. » Ils donnent ensuite une énumération des hypothèses où à leur avis l'annulation de mariage pourrait intervenir :

1° L'erreur qui porte sur l'ensemble de l'état civil ou tout au moins sur le nom, de telle sorte qu'il révèle un état-civil tout à fait distinct ;

2° L'erreur qui porte sur la nationalité : a) si l'on est en temps de guerre et si cette nationalité se trouve être celle d'un pays ennemi ; b) quand l'étranger est de civilisation tout à fait différente ;

3° L'ignorance d'une condamnation infamante ou d'un passé déshonorant, si du moins, l'époux qui l'invoque appartient à une famille honnête ;

4° Le fait qu'un des époux est lié par des vœux religieux ou par un engagement dans les ordres sacrés alors que l'autre époux est un catholique qui ignore ce lien ;

1. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcades, *op. cit.*, t. II, n 1735.

5° Le fait qu'un des époux est divorcé alors qu'il s'est donné comme célibataire et que son conjoint n'eût pas consenti en raison de ses croyances religieuses à épouser un divorcé ;

6° L'impuissance complète d'un des époux antérieure au mariage lorsqu'elle peut être constatée facilement ;

Ces mêmes auteurs rejettent par contre la nullité dans les cas suivants :

1° Erreur sur les titres nobiliaires, les prénoms, l'orthographe du nom s'il n'y a pas confusion grave d'identité, erreur sur l'âge du conjoint ;

2° Erreur sur la nationalité hors des deux cas ci-dessus indiqués ;

3° Erreur sur la virginité de la femme ou sur l'état de grossesse (prétendant à cet égard qu'une telle erreur peut n'être pas déterminante de consentement en notre état social actuel) ;

4° Erreur sur la santé, l'intelligence, le caractère ;

5° Erreur sur la fortune ¹.

MM. Colin et Capitant ont eux aussi une opinion analogue sur la question et considèrent également fort étroites les solutions adoptées par notre jurisprudence en ce qui concerne l'erreur sur la personne, sur la qualité essentielle de la personne ².

Nous voyons donc, en résumé, que si plusieurs auteurs admettent l'erreur sur les qualités de la personne comme pouvant justifier une demande en nullité de mariage, par contre ils sont loin d'adopter un point de vue unanime quant à l'étendue qu'il conviendrait de donner à un tel vice du consentement ; cependant, leur désaccord

1. Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n 104, p. 91 et suiv.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, p. 169.

est plus apparent que réel et en réalité ils aboutissent tous à cette conclusion, sinon dans les termes du moins dans l'esprit de leurs théories, qu'il faut nécessairement une erreur portant sur une qualité de quelque importance et déterminante du consentement, de crainte d'aboutir en fait à prononcer une annulation en cas d'erreur sur les simples motifs.

II. — *Hypothèse de l'injure grave*

Aux yeux de la doctrine est-il admissible de voir comme le fait la jurisprudence, une injure grave dans la dissimulation frauduleuse de certains faits antérieurs au mariage ? M. Duranton, examinant le cas où l'époux, après la célébration du mariage, trouve sa femme enceinte d'un autre que lui et désavoue l'enfant, refuse de voir là un cas de séparation de corps ; l'adultère ne peut en effet exister que postérieurement à la conclusion du mariage, donc un tel fait ne saurait être invoqué. Dans le cas au contraire où la découverte porte sur une condamnation infamante qui aurait frappé autrefois le conjoint, cet auteur voit là une juste cause de séparation invoquant l'article 232 du Code civil¹.

Demolombe critique cette théorie en tant qu'on ne peut faire jouer ni dans le premier cas l'adultère, ni dans le second l'article 232, ce qui conduirait à des causes péremptoires de séparation (et aujourd'hui de divorce), mais il admet par contre qu'une injure grave puisse être reconnue : « L'injure, oh ! sans doute elle n'est pas dans le commerce que cette femme, libre alors, a eu

1. Duranton, *op. cit.*, t. II, n° 541 et 562.

avec un autre homme avant son mariage ; elle n'est pas non plus dans la condamnation infamante ! L'injure est dans votre réticence, dans votre coupable et odieuse dissimulation, au moment même de la célébration du mariage ; donc elle est concomittante à la célébration de ce mariage¹. »

Nous retrouvons là exactement le même langage que celui de la jurisprudence. On peut lui adresser les mêmes critiques, dont la principale est de placer, nous l'avons déjà noté, sur le terrain de divorce ou de séparation de corps des faits d'erreur sur les qualités de la personne.

La plupart des auteurs, d'ailleurs, ont passé sous silence cette question dont ils n'ont pas aperçu l'importance et la répercussion sur la théorie des nullités du mariage. Remarquons cependant les réflexions si judicieuses émises par MM. Colin et Capitant. Ceux-ci, à propos des nullités de mariage basées sur l'erreur, après avoir rappelé les dispositions si libérales du Code civil allemand (art. 1334, § 1er 2), ajoutent : « La preuve que notre jurisprudence française obéit, sur ce point, à une conception fâcheuse de l'erreur sur la personne, c'est qu'elle a dû recourir à des expédients d'ailleurs fort critiquables pour corriger l'injustice et la cruauté des solutions auxquelles elle aboutissait. C'est ainsi qu'à défaut de nullité de mariage, elle permet à la partie déçue de demander la séparation de corps, et depuis 1884, le divorce lorsque l'erreur commise sur telle ou telle qualité importante de la personne a été causée par des manœuvres dolosives de l'autre conjoint, cette dissimulation dolosive constituant une injure grave².

1. Demolombe, *op. cit.*, t. II, n° 392, p. 465.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, p. 169.

Traitant ensuite des causes de divorce reconnues par nos tribunaux, MM. Colin et Capitant écrivent : « Ils ne se font pas faute d'admettre comme injures graves des faits antérieurs au mariage tels que l'impuissance du mari, ou bien l'erreur sur l'intégrité judiciaire ou corporelle d'un conjoint ou sur les croyances religieuses, du moins lorsqu'il y a eu dissimulation frauduleuse des faits. Or, d'une part, on ne peut dire qu'il y ait dans des torts de ce genre une injure commise par un époux contre l'autre et, d'une part, la sanction logique de griefs de ce genre paraîtrait devoir être, non le divorce ou la séparation de corps, mais la nullité de mariage. Et le législateur s'étant refusé à les comprendre parmi les causes de nullité, n'est-ce pas faire violence à la loi que de leur faire produire néanmoins sous forme de divorce, la rupture du lien conjugal¹. »

§ 3. — DU REFUS DU MARIAGE RELIGIEUX APRÈS L'UNION CIVILE.

I. — *Hypothèse de la nullité de mariage.*

En cas de refus d'accepter le mariage religieux après la célébration civile de la part de l'un des conjoints et contrairement aux conditions religieuses de l'autre, quelle solution doit intervenir ? Le problème est d'importance, car le conjoint comptant sur la célébration religieuse « se considère en conscience, ainsi que l'a dit M. Lemaire, comme ayant accompli une simple formalité et non comme uni en légitime mariage, et pourtant,

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, p. 210.

aux yeux de la loi, il est marié, par conséquent tenu légalement aux devoirs d'époux ; grave conflit dont la victime est l'époux religieux, odieusement lésé dans sa foi et son honneur¹ ». Sur cette question, la doctrine fut, à l'origine, profondément divisée, car deux solutions diamétralement opposées peuvent être envisagées, et si l'on peut dire, d'une part, que le mariage est pleinement valable parce que le consentement est civilement parfait dès que l'union à la mairie a été célébrée, la loi étant neutre et ignorant le côté religieux du mariage, on avait pensé que l'autre époux n'eût pas voulu admettre parce que le consentement est vicié, parce que le conjoint religieux n'aurait pas consenti devant le maire s'il avait pensé qu l'autre époux n'eût pas voulu admettre l'union devant le prêtre.

Pour M. Delpech, c'est ce dernier point de vue qui doit l'emporter et le mariage civil doit être annulé ; cette solution est admise aussi par M. Marcadé qui voit là un cas d'erreur sur les qualités de la personne, et fait jouer l'article 180².

Un des juristes qui étudia le plus minutieusement cette question est M. Bressolles³ ; lui aussi se montre favorable à l'annulation du mariage pour erreur sur les qualités, mais il prévoit deux hypothèses suivant la profondeur des sentiments religieux animant, lors du mariage, l'époux qui invoque le vice du consentement à son égard ; annulabilité du mariage civil quand il est *certain* que l'époux demandeur n'aurait pas consenti au mariage s'il

1. René Lemaire, *Le mariage civil*, p. 124.

2. Marcadé, *Revue de législation et de jurisprudence*, 1846, t. III, p. 342 et suiv.

3. Bressolles, *revues citée*, 1846, t. II, p. 149 et suiv.

eut prévu le refus de célébration religieuse¹. Après avoir longuement étudié les moyens qui permettent de préjuger de la véracité des sentiments intimes sur ce point, il passe à la deuxième hypothèse : « Dans le cas inverse, c'est-à-dire lorsqu'on n'a pas cette certitude, nous croyons que le mariage civil devra être maintenu malgré le refus postérieur de célébration religieuse². » Est-ce à dire qu'il considère la situation comme sans remède ? Non, car il admet alors le recours à la séparation de corps. M. Thiériet, prenant part à son tour à la controverse, est hostile à la fois à l'annulation de mariage et à la séparation de corps sous prétexte que la loi n'admet pas l'erreur sur les qualités de la personne et qu'il n'existe pas même d'injure grave à l'encontre de l'époux blessé dans ses croyances. « Dira-t-on que c'est faire injure à une femme, écrit-il, que de vouloir la faire vivre dans un état qui à ses yeux ne serait qu'un concubinage ? Mais il ne peut y avoir d'injure sans intention de la part de celui qui la commet ; et, en ce sens, l'homme n'entend certainement pas faire une injure dont l'humiliation lui serait commune. Il y a une autre manière de voir et voilà tout³. » Il n'est pas besoin de souligner combien cette solution est tout à la fois injuste et contraire à la vraie liberté de conscience.

II. — *Hypothèse de l'injure grave*

C'est cependant en faveur de l'injure grave que l'évolution doctrinale va se produire, En effet, tandis que dans

1. Bressolles, rev. cit., t. II, p. 155.

2. Bressolles, rev. cit., 1846, t. II, p. 156.

3. Thiériet, rev. cit., 1846, t. III, p. 171.

une note parue au bas de l'arrêt de Montpellier du 4 mai 1847, rapporté dans le Dalloz périodique de la même année ¹, la thèse de l'annulation du mariage était admise comme conforme aux principes juridiques ; en 1860, dans ce même recueil, une nouvelle note au bas d'un arrêt de la cour d'Angers ² abandonne l'opinion émise quelques années auparavant, pour reconnaître bien fondée la thèse exprimée dans l'arrêt de la cour d'Angers qui voit là simplement une injure grave pouvant justifier une demande en séparation de corps.

La grande majorité des auteurs, devant l'interprétation restrictive faite par la jurisprudence de l'erreur sur la personne, accepte bientôt cette manière de voir ; c'est en particulier en ce sens que se prononce M. Demolombe ³, MM. Aubry et Rau ⁴.

Par contre, M. Laurent, s'en tenant à l'opinion de M. Thiériet, considère comme inadmissible de voir une injure grave dans le refus du mari de procéder au mariage religieux « car l'injure grave, dit-il, suppose la violation d'un devoir imposé aux époux par la loi... Si la loi admettait le dol comme vice du consentement il y aurait lieu dans l'espèce (c'est-à-dire s'il a promis à sa femme de procéder au mariage religieux ou avait feint de partager les croyances qui ne sont pas les siennes) à agir en nullité. Mais le dol ne vicie pas le consentement en cette matière ⁵. »

Or une pareille opinion aboutirait à léser les intérêts les plus légitimes de l'époux trompé et à faire naître

¹ Montpellier, 4 mai 1847, D. P., 47, déc. cit.

² Angers 29 janvier 1859, D. P., 60, déc. cit.

³ Demolombe, *op. cit.*, t. II, n° 390, p. 463.

⁴ Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, § 491, p. 176.

⁵ Laurent, *op. cit.*, t. III. Du divorce, n° 196, p. 233.

une situation sans autre issue que le changement d'attitude de l'époux hypocrite, hypothèse peu probable, ou le renoncement de l'autre époux à ses croyances, solution inacceptable.

CHAPITRE VII

Des solutions à envisager

§ 1. — RECONNAISSANCE PLUS LARGE PAR LA JURISPRUDENCE DES CAUSES DE NULLITÉ DE MARIAGE

Cette étude a permis de se rendre compte combien notre droit français moderne avait une conception étroite des nullités de mariage, et quelle infériorité sur ce point il présentait par rapport à notre ancien droit et beaucoup de législations étrangères. Que l'on ne vienne pas invoquer à l'égard de l'impuissance, par exemple, les prétendus bienfaits d'une telle attitude en ce qu'elle aurait banni les débats scandaleux que connaissaient nos anciens parlements quand il s'agissait d'établir la preuve de cette infirmité ; ces investigations délicates sont en effet, inévitables lorsque pareille situation existe et notre jurisprudence sur le terrain du divorce, afin de savoir par la faute de quel conjoint le mariage n'a pas été consommé, dut recourir à des expertises médicales, des enquêtes, rappelant les pratiques usitées autrefois.

Que l'on ne parle pas non plus des prétendus avantages du divorce sur l'annulation du mariage car, comme nous l'avons montré, le mariage putatif apporte ici toute satisfaction désirable. Par contre, l'extension de la procédure d'annulation de mariage aurait à l'égard des con-

jointes catholiques l'heureux résultat d'être dans certaines situations en harmonie avec le droit canonique ; aujourd'hui, en effet, l'annulation en cour de Rome de l'union religieuse ne trouve souvent dans notre droit civil aucun équivalent, si ce n'est parfois le divorce accordé contrairement aux vrais principes qui les régissent, par suite d'une tolérance irrationnelle de la jurisprudence. Une réforme apparaît donc nécessaire. Le moyen le plus simple de la réaliser est de reconnaître devant les tribunaux d'une manière plus large les vices du consentement à mariage, et en particulier de celui de l'erreur dans la personne.

C'est ainsi que le problème de la dissolution du mariage en cas de non-consommation de l'union conjugale devrait être résolu dans toutes les hypothèses sur le terrain de la nullité, lorsque l'un des conjoints mécontent de cette situation l'invoque en justice : Ou bien les deux époux physiquement aptes au mariage ne l'ont pas consommé par suite d'un accord mutuel et volontaire intervenu primitivement entre eux, mais dont l'un se plaint ensuite comme d'une chose anormale, dans ce cas la non-consommation ne peut certainement pas être invoquée comme cause de divorce. En effet, ici pas d'injure grave d'un conjoint à l'encontre de l'autre, en raison de l'accord intervenu à l'origine, mais ne pourrait-on pas voir ici un mariage nul pour vice de consentement ? Le consentement à mariage, en effet, en vertu d'un principe sinon écrit dans notre Code, du moins proclamé par le droit naturel, doit être le consentement à remplir le devoir conjugal ainsi que l'on n'a pas manqué de le faire valoir dans les débats du procès introduit par le marquis de Groslée-Virville contre sa femme.

Dans un but tout à la fois moral et social, la législation ne devrait admettre le mariage blanc que très exceptionnellement, au cas par exemple d'union *in extremis* ou intervenant à un âge très avancé, mariage conclu pour des raisons graves, par exemple légitimer un ou plusieurs enfants naturels.

Examinons maintenant une deuxième hypothèse : la non-consommation provient du fait d'un des conjoints seulement. De deux choses l'une, cette attitude provient d'une cause morale ou d'une cause physique. Si le conjoint est physiquement apte à remplir l'obligation relative au *debitum conjugale*, mais qu'il se soit marié avec l'intention secrète de la violer, on peut évidemment dire que c'est là une injure grave à l'encontre de l'autre conjoint déçu dans son attente, mais n'est-il pas plus vrai de juger qu'une pareille situation implique un vice de consentement à l'égard de ce dernier ? Certes, le dol n'est pas admis dans le Code civil comme vice du consentement à mariage, mais en l'espèce, la tromperie est si grave qu'on devrait considérer comme nul le consentement extorqué en quelque sorte à l'époux qui en est victime, et qui a été induit en erreur sur les véritables intentions de son futur conjoint.

Enfin dans le cas où l'un des conjoints ne peut remplir ses devoirs conjugaux par suite de son état physique, qu'il s'agisse d'une malformation ou d'une frigidité génitale ou accidentelle, comment concevoir une injure grave dans une attitude dont celui qui l'adopte en est la plus grande victime ? Le divorce n'a pas d'autre but, il ne faut pas l'oublier, que de sanctionner une faute grave d'un des époux à l'égard de l'autre et postérieure au mariage. C'est un raisonnement trop spécieux que de voir

l'existence d'une telle faute dans la dissimulation de cette infirmité, dissimulation que l'on déduit d'ailleurs du simple silence à cet égard.

Envisageons maintenant la violation de l'engagement du conjoint qui, après avoir promis la célébration religieuse de son union, se refuse à tenir sa promesse une fois l'union civile accomplie ; ce n'est évidemment pas douteux qu'agissant ainsi il commet une injure grave vis-à-vis de l'autre conjoint, mais ici encore on peut dire qu'il y a bien plutôt une erreur grave viciant son consentement, consentement d'ailleurs en quelque sorte conditionnel, puisqu'il n'avait été divisé qu'en prévision de la célébration religieuse ; de plus, il est anormal d'obliger l'époux dont la conscience a été violentée à recourir à une procédure de divorce, c'est-à-dire supposant un mariage valide, pour rompre des liens qui, à ses yeux, n'ont pu jamais exister et auraient constitué pour lui un véritable concubinage.

De même toute dissimulation frauduleuse d'une faute grave et antérieure au mariage devrait ouvrir droit à l'annulation de celui-ci et non pas au divorce.

Une objection peut être faite à l'encontre d'une large extension des cas d'annulation de mariage : c'est qu'agissant ainsi on se heurte à l'interprétation de l'article 180 du Code civil donnée en 1862 par la Cour de cassation statuant toutes Chambres réunies. Cette objection n'est pas décisive car, pas plus que des textes de loi, l'avis de la Cour de cassation, remontant à plus d'un demi-siècle, n'est intangible ; l'on peut croire que la Cour suprême, lorsque la question se posera de nouveau devant elle, modifiera sa manière de voir adoptée précédemment et fera preuve d'un esprit libéral. Une évolu-

tion en ce sens semble d'autant à espérer que la théorie des vices du consentement dans les contrats a déjà été fortement modifiée, tout comme la théorie de la cause, rattachée étroitement d'ailleurs à la précédente (question de l'erreur dans la cause de l'obligation), théorie dont M. Capitant a fait une étude approfondie dans son ouvrage : *La cause dans les obligations*. La jurisprudence à cet égard a suivi le mouvement doctrinal en faveur du subjectivisme, c'est-à-dire de cette doctrine d'après laquelle les vices du consentement doivent être appréciés non en eux-mêmes, mais suivant l'importance qu'ils revêtent aux yeux des contractants, l'influence qu'ils ont eu sur le phénomène psychologique, du consentement des contractants.

A propos de l'erreur, en particulier, il résulte, d'un arrêt de la Cour de cassation de 1895, que celle-ci entraîne la nullité de l'acte dont elle est la cause principalement déterminante¹. La Cour suprême décide encore qu'il appartient souverainement au juge du fait d'apprécier si une erreur est ou non la cause unique et déterminante d'un engagement², et que l'erreur doit être considérée comme portant sur la substance de la chose lorsqu'elle est de telle nature que sans elle l'une des parties n'aurait pas contracté³. De cette jurisprudence découle cette importante conséquence dont on pourrait tirer profit pour les nullités de mariage : la notion d'erreur indifférente disparaît, l'erreur sur le motif du contrat, dès l'instant où le motif est devenu déterminant, annule le contrat.

1. Req., 30 juillet 1895, S. 95.1.72.

2. Req., 16 mars 1895, S. 1902.1.331.

3. Civ., 23 janvier 1913, S. 1913.1.487.

Pour la violence, la jurisprudence montre sa sympathie envers la simple violence morale et admet que la mise à profit des circonstances extérieures par une personne pour se faire consentir un avantage peut être assimilée à la violence prévue par le Code¹. De même, si l'on a l'habitude de rapprocher la violence et le dol, qui sont deux vices du consentement dont les effets sociaux de l'un et de l'autre sont aussi dommageables et regrettables, il n'est pas moins vrai que la thèse subjectiviste, admise aujourd'hui en jurisprudence, tend plutôt à faire coïncider presque complètement la théorie du dol et celle de l'erreur et même à assimiler la simple réticence au dol proprement dit. Ce qui est en effet le vice dans le dol, c'est la confusion engendrée par la manœuvre frauduleuse ou le silence dans l'esprit de celui qui en est la victime. Le vice est donc somme toute l'erreur dont est victime celui contre lequel le dol est exercé. La distinction entre le dol et l'erreur n'est-elle pas sans intérêt du moment que l'on prend en considération, pour autoriser la nullité du contrat, la simple erreur sur les motifs ?

Enfin il n'est pas jusqu'à la lésion (reconnue exceptionnellement par le Code comme cause de nullité des contrats). La lésion, en effet, à la considérer subjectivement, n'est pas autre chose qu'une erreur sur la valeur ou le prix, ou, à un autre point de vue, une présomption de défaut de liberté du consentement.

Loin de nous la pensée de vouloir faire jouer au profit du mariage en leur pleine intégralité les idées doctrinales et jurisprudentielles nouvelles émises sur les vices

1. Req., 27 avril 1887, Aff. du remorqueur « l'Abeillé », D. P., 88.1.263, S. 87.1.372.

du consentement à propos des contrats. Sans aucun doute la situation est fort différente dans les deux cas, mais ce bref résumé a, du moins, l'avantage de nous montrer comment on en est venu à briser les cadres du Code civil à l'égard des vices du consentement dans les contrats (où, cependant, la loi, en admettant l'erreur sur la substance d'une façon explicite, s'est montrée plus large que pour le mariage) et à admettre des cas d'erreur (erreur sur les motifs déterminants) qui semblent formellement exclus des textes en vigueur. Une évolution analogue, sinon identique, est donc possible à l'égard des vices de consentement à mariage, et l'on pourrait en venir ici à admettre, sinon l'erreur pour les motifs déterminants, du moins l'erreur sur les qualités essentielles, comme l'aptitude physique aux relations conjugales, ou volonté de célébration religieuse du mariage, etc...

La jurisprudence serait probablement déjà entrée dans cette voie si l'existence du divorce ne lui avait pas paru un moyen commode de trancher pareille situation à la faveur du motif de « l'injure grave », sans être obligé de revenir sur les errements anciens et de recourir à l'élaboration d'une nouvelle thèse juridique.

Cette orientation nouvelle de la jurisprudence aurait l'avantage de ne pas bouleverser entièrement les principes admis jusqu'à ce jour en la matière. En effet, l'évolution du droit émanant des cours et tribunaux se fait toujours lentement et avec un sage désir d'adaptation vis-à-vis des habitudes anciennes. Par contre on peut objecter qu'il est toujours dangereux de s'écarter des termes employés par la loi et de faire dire à certains textes le contraire de ce qu'on leur attribuait auparavant. C'est pourquoi une autre solution peut être envisagée : recou-

rir à une modification du Code civil dans le sens indiqué.

§ 2. — MODIFICATION DU CODE CIVIL

Voyons maintenant sur quels points le Code civil pourrait être modifié.

Il serait évidemment souhaitable de voir abolir le divorce, dont les graves inconvénients moraux et sociaux ne sont plus discutables aujourd'hui. A défaut de ce remède radical, on peut envisager également le moyen d'en restreindre la pratique en précisant les termes de l'article 231 qui se prête, comme nous l'avons remarqué, à une extension abusive.

C'est pourquoi une définition de l'injure grave, formant un deuxième alinéa de l'article 231, aurait pour résultat de faire disparaître toute équivoque sur le sens à lui attribuer. Cette définition pourrait être ainsi rédigée : « *L'injure grave, c'est tout fait postérieur à la célébration du mariage consistant en un manquement grave et volontaire aux devoirs et obligations qu'impose le mariage.* » Les tribunaux, avec ce correctif, seraient ainsi dans l'obligation de renoncer à la funeste habitude de prononcer le divorce pour des motifs futiles, ce qui, loin d'avoir des résultats heureux, aboutit tout au contraire, à mettre en péril l'institution familiale.

Les plus importantes retouches à faire au Code civil sont évidemment celles concernant la question des nullités de mariage. L'article 180, en particulier, gagnerait à être développé en ces termes :

« Lorsqu'il y a erreur dans la personne ou dans son identité civile, le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en erreur. »

« Peut également attaquer le mariage l'époux dont le consentement a été surpris par suite d'une erreur grave sur les qualités essentielles de la personne, ou extorqué par suite de manœuvres dolosives graves de la part de son conjoint. »

Une telle rédaction, tout en limitant les cas d'erreur, laisserait aux tribunaux une large appréciation et leur permettrait d'envisager subjectivement les procès qui leur seraient soumis, la gravité de l'erreur étant fonction des situations particulières des conjoints.

Il serait aussi à souhaiter que l'importante question de l'impuissance trouvât sa place dans le Code, en la limitant d'ailleurs à l'hypothèse où cette infirmité apparaît manifeste et incurable. C'est ainsi que l'article 146 : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement » pourrait recevoir une nouvelle rédaction et se compléter d'un second paragraphe :

« Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement et en cas d'identité de sexe entre les conjoints. »

« L'individu atteint d'impuissance manifeste et incurable ne peut contracter mariage. »

Il serait d'ailleurs prudent de ne laisser disposer de l'action en nullité que le conjoint de l'impuissant et dans les mêmes limites que pour les vices du consentement, en modifiant par exemple dans ce but l'article 181 par cette adjonction : *« Dans le cas de l'article 146, paragraphe 2, l'action en nullité ne pourra être intentée que par le conjoint de l'impuissant. Cette demande en nullité n'est plus recevable toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continue pendant six mois depuis la découverte de cette infirmité. »* Cette réforme devrait évidemment

entraîner la refonte des articles 311 et 313 sur l'action en désaveu pour les mettre en harmonie avec la législation sur l'annulation de mariage.

Cette théorie deviendra-t-elle un jour dans la pratique une réalité ? Rien ne s'y oppose : la matière du mariage a déjà subi de nombreuses retouches au gré de l'évolution juridique, les problèmes familiaux sont de nos jours de première importance et dignes de retenir l'attention du législateur. D'ailleurs, le côté physique de l'union conjugale préoccupa, il y a quelques années, l'opinion publique sur une question voisine de la nôtre, celle du certificat prénuptial. M. le docteur Pinard rédigea même à cette époque une proposition de loi dans le but de rendre obligatoire, à l'instar d'autres pays, une visite médicale avant la célébration du mariage, afin d'interdire l'entrée dans la vie matrimoniale aux individus atteints de maladies contagieuses graves, comme la tuberculose ou la syphilis. Cette proposition de loi a pour but de fortifier physiquement les unions conjugales tout comme les modifications que nous préconisons, visent à leur sauvegarde morale. Il est temps d'agir en effet par des réformes hardies pour protéger la famille si menacée aujourd'hui et défendre le mariage, cette admirable institution, seule capable d'en assurer la conservation.

Le Président,

CAPITANT

Vu : Le Doyen,

BARTHELEMY

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,

S. CHARLETY

PRINCIPALES ABREVIATIONS

C. civ. art. 1382 et suiv. . .	Code civil, article 1382 et suivants.
D. H.	Dalloz recueil hebdomadaire.
D. P.	Dalloz recueil périodique.
S. chron.	Recueil chronologique Sirey.
S.	Recueil de Sirey.
S. som. jur.	Sirey, sommaire de jurisprudence.
Gaz. Pal.	Gazette du Palais.
Gaz. Pal. rec. mens.	Gazette du Palais (recueil mensuel).
Gaz. Trib.	Gazette des Tribunaux.
Rec. Rennes.	Recueil de Rennes.
Civ.	Cour de cassation, Chambre civile.
Req.	Cour de cassation, Chambre des requêtes.
Ch. réun.	Cour de cassation toutes chambres réunies.

BIBLIOGRAPHIE

- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, t. V (4^e édit.), 8 vol.
- BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE. — *Traité théorique et pratique de droit civil (Traité des personnes en 4 vol. T. II et III, 2^e édit., 27, 1900 et 1901). Ouvrage complet en 29 vol.*
- BONNECASE. — *Supplément*, t. I, II et III, 1924-1926, 3 vol.
- BEUDANT. — *Cours de droit civil français. De l'état et de la capacité des personnes en 3 vol.; t. I.*
- BRISAUD. — *Manuel cours d'histoire générale du droit français (t. II, Dr. privé)*, 1904, 2 vol.
- BRIAND et CHAUDÉ. — *Manuel complet de médecine légale*, 9^e édit., 1874, 1 vol.
- BROUARDEL. — *Cours de médecine légale. Le mariage*, 1900, 1 vol.
- COLIN, (AMBROISE) et CAPITANT (Henri). — *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I (4^e édit.), 3 vol.
- CAPITANT (Henri). — *De la cause dans les obligations*, 3^e édit., 1927, un vol.
- *Introduction à l'étude du droit civil*, 5^e édit., 1927, un vol.
- CARPENTIER. — *Supplément au répertoire général de droit français. Divorce*, t. V, 1926, 6 vol.
- DALLOZ. — *Répertoire pratique*, (t. IV. Divorce, t. VIII. Mariage) 12 vol.
- *Jurisprudence générale*, t. XXXI. Mariage, t. XXXIX. Séparation de corps et divorce. 44 vol.
- *Jurisprudence générale. Supplément*, t. V. Divorce, t. X. Mariage, t. XVI. Séparation de corps. 19 vol.
- DALLOZ et VERGÉ. — *Nouveau Code civil annoté*, t. I, 5 vol.
- DALLOZ. — *Supplément au répertoire pratique*, t. I et II parus 1927, 1929.
- DEMANTE et COMMET DE SANTERRE. — *Cours analytique de Code civil. Traité des personnes en 2 vol., t. I, 2^e édit.* Ouvrage complet en 9 vol.
- DEMOLOMBE. — *Cours de Code civil. Traité du mariage et de la séparation de corps*, 1874, 3^e édit., 2 vol. Cours complet en 31 vol.

- DURANTON. — *Cours de droit français suivant le Code civil*, 4^e édit., 1844, t. II, 22 vol.
- ESMEIN. — *Le mariage en droit canonique*, 1891, 2 vol.
- FENET. — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* t. IX, 1827, 15 vol.
- FUZIER-HERMANN. — *Répertoire général de droit français*, t. XVII *Divorce et séparation de corps*, t. XXVII, 36 vol.
- GÉRARD. — *Manuel élémentaire de droit romain*, 1896, un vol.
- HUC. — *Commentaires du Code civil*, t. II. *Du mariage*, 1892, 15 vol.
- LAURENT. — *Principe de droit civil français*, t. II et III, 3^e édi., 1878, 31 vol.
- LEFÈVRE (Charles). — *Cours de doctorat sur l'histoire du droit matrimonial français : Introduction générale. Le lien du mariage*, 2 vol.
- LEMAIRE (René). — *Etude historique et critique sur le mariage civil* (thèse). Paris, 1901.
- LÉVY-ULLMANN. — *Cours de droit civil approfondi. L'obligation et le contrat au premier quart du XX^e siècle*. Cours 1927-1928,
- LOCRE. — *Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. V et VI, 2 vol. — 31 vol.
- MARCADÉ. — *Explication théorique et pratique du Code Napoléon* t. I, 6^e édit., 13 vol.
- MEYNIAL. — *Cours d'histoire du droit privé français*. Cours 1927 1928.
- PANDECTES FRANÇAISES, t. XXIV. *Divorce*, t. XXXVIII et XXXIX. *Mariage*, t. V, 51. *Séparation de corps*, 59 vol.
- *Supplément*, t. II. *Divorce*, t. III. *Mariage*, t. IV. *Séparation de corps*, 4 vol.
- PLANIOL (Marcel). — *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 1928, 10^e édit. (avec la collaboration de M. Ripert). 3 vol.
- PLANIOL (Marcel) et RIPERT (Georges). — *Traité pratique de droit civil français*, t. II. *La famille*, 1926 (avec la collaboration de M. André Rouast). Ouvrage complet en 13 vol.
- POTHIER. — Par Bugnet, éd. de 1846, t. VI. *Traité du contrat de mariage*. Ouvrage complet en 10 vol.
- ROGUIN (Ernest). — *Traité de droit civil comparé. Le mariage*, 1904, un vol.
- ROUSSEAU (Henri). — *Note sous S. 1920.2.* (Trib. Seine, 4 avril 1918).
- TOULLIER. — *Le droit civil français selon l'ordre du Code civil.* (t. I). Ouvrage incomplet en 14 volumes.
- WAHL. — *Note sous S. 1904.1.273* (Civ., 6 avril 1903).

TABLE DES MATIERES

	pages
Introduction	7
Chapitre premier. — Position du problème	9
§ 1. Le mariage	9
§ 2. Des nullités du mariage	15
I. Question préliminaire des conditions d'existence et de validité du mariage, des empêchements dérimants	16
II. Des nullités de mariage dans le Code civil	20
§ 3. Du divorce et de la séparation de corps	26
I. Du divorce	26
II. De la séparation de corps	28
Chapitre II. — Aperçu sommaire relatif au mariage et à ses modes de dissolution dans l'ancien droit français et la période intermédiaire ...	30
§ 1. Avant le Concile de Trente	30
I. Le mariage antique et l'élaboration de la doctrine canonique	30
II. Les empêchements dirimants d'après le droit canonique	37
III. L'indissolubilité conjugale et la séparation de corps dans l'ancien droit	43
§ 2. Après le concile de Trente	45
§ 3. Période intermédiaire (ou révolutionnaire)	51
Chapitre III. — Notions de droit comparé sur le mariage et ses modes de dissolution	56
§ 1. Pays anglo-saxon	56
I. Grande-Bretagne (Angleterre et Ecosse)	56
II. Etats-Unis de l'Amérique du Nord	62
§ 2. Pays germaniques	65
I. Allemagne	65
II. Autriche et Hongrie	73
§ 3. Pays latins	78
I. Belgique	78
II. Espagne et Italie	79
§ 4. Tableau récapitulatif	85

Chapitre IV. — Jurisprudence française sur certaines causes de nullité de mariage	86
§ 1. Identité de sexe et impuissance	86
§ 2. Vices du consentement, erreur dans la personne et sur les qualités de la personne	96
Chapitre V. — Jurisprudence française sur les causes similaires du divorce	109
§ 1. Non consommation du mariage et impuissance	109
§ 2. Dissimulation frauduleuse de l'un des époux à l'encontre de l'autre	117
§ 3. Relation entre les deux vices de procédure, demande en nullité de mariage et demande en divorce	122
Chapitre VI. — Etat de la doctrine en face de cette jurisprudence	125
§ 1. De l'union charnelle des époux dans le mariage	125
I. Remarques préliminaires	125
II. Hypothèse de la nullité de mariage	127
III. Hypothèse de l'injure grave	130
§ 2. Des cas d'erreur grave d'un conjoint vis-à-vis de l'autre	132
I. Hypothèse de la nullité de mariage	132
II. Hypothèse de l'injure grave	141
§ 3. Refus du mariage religieux après l'union civile	143
I. Hypothèse de la nullité de mariage	143
II. Hypothèse de l'injure grave	145
Chapitre VII. — Des solutions à envisager	148
§ 1. Reconnaissance plus large par la jurisprudence des causes de nullité de mariage	148
§ 2. Modification du Code civil	155
Bibliographie	161

